Der Rücktritt vom Kartell

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der juristischen Doktorwürde der juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

vorgelegt von

Kurt Schröter
Referendar

1927

München, Berlin und Leipzig.
J. Schweitzer Verlag (A. Sellier)

Berichterstatter:
Dr. Wilhelm Silberschmidt, Oberstlandesgerichtsrat und Honorarprofessor.
Mitberichterstatter:
Dr. Rudolf Müller-Erzbach, ordentlicher öffentlicher Professor.
Genehmigt am 9. Juli 1926.

Druck von Dr. F. P. Datterer & Cie., Freising-München

Inhaltsverzeichnis.

Literaturverzeichnis.

Bauch, Die Rechtsformen der Kartelle. Jena 1908.

Birnbaum, Ein Jahr Praxis des Kartellgerichts. Zeitschrift für Gesellschaftswesen. 1925 S. 28.

Blum, Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts. Mannheim 1925.

Bonikowsky, Der Einfluß der industriellen Kartelle auf den Handel in Deutschland. Jena 1907.

Breslauer, Die Kündigung eines wegen Formmangels nichtigen Kartellvertrages. Kartell-Rundschau (zit. K. R.) 1924, S. 309.

Breslauer, Die Kündigung des Kartells auf Grund der neuen Kartellverordnung. Technik und Wirtschaft 1924, S. 47.

Breslauer-Tschierschky, System und Entwicklung des neuen Kartellrechts. Beilage zur Kartellrundschau 1924, Heft 3ff.

Brodmann, GmbH.-Gesetz. Berlin und Leipzig 1924.

Caro, Die Kartellgerichtspraxis und ihre Auswirkungen. Münchener Juristische Vorträge, Heft 9.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 7. Aufl. Stuttgart 1910.

Delbanco, Kartellgesetze und Preiskämpfe. Zeitschrift für Gesellschaftswesen 1925 S. 33.

Düringer-Hachenburg-Geiler, Kommentar zum HGB. Bd. IV. Mannheim 1912—1917.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 8. Aufl. Berlin 1903.

Entscheidungen: a) des Kartellgerichts, zit. nach der Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, KGS. b) des Reichsgerichts in Zivilsachen, zit. RGZ. c) des Reichsfinanzhofs, zit. RFH.

Fagg, Das Kündigungsrecht aus § 8 der Kartellverordnung. Kartell-Rundschau 1924, S. 374.

Flechtheim, Die rechtliche Organisation der Kartelle. Mannheim 1912 und 1923.

Friedländer, Das Kartellaufsichtsgesetz. Berlin 1924.

Friedländer, Besprechung von Haußmann-Holländer „Die Kartellverordnung“. Kartell-Rundschau 1925, S. 154.

Geiler, Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftsrechts. Mannheim 1922.

Gierke, Otto von, Dauernde Schuldverhältnisse. Iherings Jahrbücher Bd. 64 S. 355. Jena 1914.

Goldbaum, Kartellrecht und Kartellgericht. Berlin 1923.

Grunzel, Über Kartelle. Leipzig 1902

Günther, Kartelle in Form von rechtsfähigen Vereinen. Mannheim 1920.

Haußmann-Holländer, Kartellverordnung. München 1925.

Hedemann, Schuldrecht des Bürgerl. Gesetzbuches. Berlin und Leipzig 1921.

Hedemann, Einführung in die Rechtswissenschaft. Berlin und Leipzig 1919.

Hirsch, Die rechtliche Behandlung der Kartelle. Jena 1903.

Hirsch, Zur Kartellfrage. Jena 1904.

Hüttner, Das Recht der Kartelle in Deutschland. Leipzig 1909.

Isay, H., Die Patentgemeinschaft im Dienst des Kartellgedankens. Mannheim 1923.

Isay, H. u. R. Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten. Mannheim 1920.

Isay, R., Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht. Mannheim 1922.

Isay, R., Die Rechtsgrundsätze der Kartellverordnung. Kartell-Rundschau 1923, S. 239.

Isay, R., Gutachten zu § 8 (fristlose Kündigung) der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. Nov. 1923. Kartell-Rundschau 1924, S. 1.
Isay, R., Kartellgericht und ordentliche Gerichte. Kartell-Rundschau 1925 S. 69.
Isay, R., Nochmals Kartellgericht und ordentliche Gerichte. Kartell-Rundschau 1925, S. 179.
Isay, R., Schriftform von Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen. Berichte der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie Nr. 18 v. 30. Juli 1924.
Isay, R., Die Rechtsprechung des Kartellgerichts. Berichte der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie Nr. 21 vom Dezember 1924.
Isay-Tschierschky, Kartellverordnung. Mannheim 1925.
Jacusiel, Ein Jahr Kartellgericht. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1924, S. 670.
Jordan, Die Trustlage in den U. St. o. A. Wirtschaftsdienst 1923, Nr. 20.
Kartell-Rundschau, Monatsschrift für Recht und Wirtschaft im Kartell- und Konzernwesen. Herausgegeben von Tschierschky, zit. K. R.
Kaufmann, Verkaufssyndikate in der Form der G. m. b. H. Sächsisches Archiv 1912, S. 409.
Kestner, Der Organisationszwang. Berlin 1912.
Klein, Das Organisationswesen der Gegenwart. Berlin 1913.
Klein, Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaft. Berlin 1914.
Kleinwächter, Die Kartelle. Innsbruck 1883.
Klinger, Die Zuständigkeitsgebiete des Reichswirtschaftsgerichts und des Kartellgerichts. Berlin 1924.
Köppel, Zur Frage des wichtigen Grundes nach der Kartellverordnung. Zeitschrift für Gesellschaftswesen 1925, S. 32.
Lammers, Die Entwicklung des Kartellwesens und die Entstehung der Kartellverordnung. Kartell-Rundschau 1923, S. 227.
Lammers, Der Kampf gegen die Kartelle. Berliner Börsenzeitung v. 29. Okt. 1923.
Lehnich-Fischer, Das Kartellgesetz. Berlin 1924.
Liefmann, Kartelle und Trusts und die Weiterbildung der volkswirtschaftlichen Organisation. Stuttgart 1924.
Lucas, Reichsverfassung und Kartellverordnung. Zeitschrift für Gesellschaftswesen. November 1924.
Lucas, Ein Jahr Praxis des Kartellgerichts. Berichte der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie vom Dezember 1924.
Lucas, Kartell und G. m. b. H. Deutsche Juristen-Zeitung 1924, S. 425.
Lucas, Die Kartellverordnung und das ungeschriebene Kartellrecht. Deutsche Juristen-Zeitung 1925, S. 38.
Lucas, Gutachten des Vorsitzenden des Kartellgerichts über die kartellgerichtliche Zulässigkeit von Schiedsgerichtsabreden. Kartell-Rundschau 1925, S. 595.
Menzel, Die Kartelle und die Rechtsordnung. Leipzig 1902.
Metzner, Die Kartellverordnung und ihre Handhabung. Eisen- und Stahlwarenindustrie Düsseldorf vom 9. Juli 1924, Nr. 54.
Metzner, Das Kartellgesetz. Kartell-Rundschau 1924, S. 313.
Müller, Die Rechtsformen der Kartelle. Stuttgart 1907.
Notz, Die amerikanischen Trade Associations. Weltwirtschaftliches Archiv Bd. 17, S. 382.
Pesl, Das Kartellaufsichtsgesetz und das Kartellgericht. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (zit. LZ.) 1924, S. 657.
RGR., Kommentar von Reichsgerichtsräten zum BGB. Berlin 1923.
Reichswirtschaftsminister, Rundschreiben an die Regierungen der Länder vom 23. Juli 1924. 1 A Nr. 2532/J.
Reichswirtschaftsminister, Bekanntmachung vom 5. Oktober 1925. Deuscher Reichs- und Preußischer Staatsanzeiger Nr. 234 vom 6. Oktober 1925.

Rieß, Die sogenannte Genossenmiete. Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Bd. 61 S. 91.
Rundstein, Das Recht der Kartelle. Berlin 1904.
Schmoller, Das Verhältnis der Kartelle zum Staate. Schmollers Jahrbuch 1905, S. 1559.
Schoenlank, Die Kartelle. Archiv für soziale Gesetzgebung und Statistik 1890. Bd. 3, S. 532.
Schreiber, Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht. Jherings Jahrbücher Bd. 60, S. 190.
Silberberg, Handbuch des deutschen Kartellrechts. Berlin 1912.
Silberschmidt, Der Kampf der Gesetzgebung gegen die Kartelle. Zeitschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1902, S. 189.
Silberschmidt, Beteiligung und Teilhaberschaft. Halle 1915.
Silberschmidt, Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis. Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (zit. ZHR.). Bd. 79, S. 472.
Silberschmidt, Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse. Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern (zit. BayZ.). 1916, S. 368.
Silberschmidt, Lockerung des Begriffes der juristischen Person? Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1925, S. 422.
Silberschmidt, Die Stellung des Vormundschaftsrechts im deutschen bürgerlichen Rechte. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht. 1925, S. 1196.
Stammler, Die Lehre vom richtigen Recht. Berlin 1902.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin und Leipzig 1921.
Staub-Hachenburg, GmbH-Gesetz. Berlin 1913.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. München und Berlin 1912/25.
Stein, Die Schriftnotwendigkeit von Kartellverträgen. Kartell-Rundschau 1924, S. 141.
Stern, Die öffentliche Meinung und die Kartelle. Kartell-Rundschau 1923, S. 69.
Tschierschky, Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht. Mannheim 1923.
Tschierschky, Die Kündigung des Kartells auf Grund der neuen Kartellverordnung. Technik und Wirtschaft (zit. T. u. W.) 1924, S. 23.
Tschierschky, Die Auswirkungen der Kartellverordnung. Frankfurter Zeitung Nr. 259 vom 4. April 1924.
Tschierschky, Die Klärung des Kartellproblems durch die Praxis des Kartellgerichts. Wirtschaftsdienst 1924, Nr. 37, S. 1213.
Tschierschky, Kartellpolitik. Technik und Wirtschaft 1925, S. 131, 274, 329.
Tschierschky, Einzelfragen des Kartellrechts. Technik und Wirtschaft 1925, S. 132.
Tschierschky, Aus der Praxis der Kartellverordnung. Technik und Wirtschaft 1925, S. 332.
Tschierschky, Die Bedeutung von Privatinteresse, Gesamtwirtschaft, Gemeinwohl bei der Beurteilung von Kündigungen auf Grund des § 8 KartVO. Kartell-Rundschau 1925, S. 515.
Verhandlungen des 26. und 27. Deutschen Juristentages.
Vogelstein, Die finanzielle Organisation der kapitalistischen Industrie und die Monopolbildungen. Grundriß der Sozialökonomik VI.
Wertheimer: Der Rücktritt von Verträgen wegen Schädigung allgemein-wirtschaftlicher Interessen.
Wittgensteiner, Aus der Rechtsprechung des Kartellgerichts. Abend-Ausgabe des Berliner Tageblatts vom 3. November 1924.
Wittgensteiner, Die Herbeiführung und Tragweite kartellgerichtlicher Entscheidungen. Zeitschrift für Gesellschaftswesen 1925, S. 100.
Wunderlich, Die Kartellgesellschaft. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1922, S. 217.
Wunderlich, Die Kartellverordnung und die G. m. b. H. Rundschau für G. m. b. H. 1923, S. 352.

Der Rücktritt vom Kartell.

Einleitung.

§ 1

> Die Gesetze sind nichts anderes als der auf juristische Formeln abgezogene Niederschlag der ökonomischen Entwickelung (Schoenlank.)

A.

Die Kartellblüte und der Ruf nach der staatlichen Kartellaufsicht.

Die Kriegsjahre mit ihrem Streben nach der Erfassung der gesamten Kräfte der nationalen Wirtschaft, vor allem des Nähr- und Wehrstandes, und die unmittelbaren Nachkriegsjahre mit ihren ungeahnten wirtschaftlichen Schwierigkeiten waren insbesondere Träger und Förderer des Kartellgedankens. Nicht nur in Deutschland, in der Gründung der Kriegsgesellschaften, in der Schöpfung neuer und der Verwertung bestehender Kartelle zwecks Durchführung des Wirtschaftskampfes, sondern auch im Ausland, selbst in einem dem Kartellgedanken so abholden Land wie den Vereinigten Staaten von Nordamerika, gewann der Gedanke der Konzentration in der Wirtschaft die Oberhand und führte insbesondere in Deutschland zu einer ausgesprochenen Kartellblüte. (Für Deutschland vgl. hierzu Tschierschky, Abhandlungen zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik Heft 2: „Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht" S. 12 und Lammers, Referat auf der Kartelltagung der deutschen Industrie, Kartell-Rundschau (= K. R.) 1923, Heft 4 S. 227 f. Für die Vereinigten Staaten siehe Tschierschky a. a. O. S. 40; Notz, „Die amerikanischen Trade Associations" im Weltwirt. Archiv Bd. 17 S. 382 f. und Virgil Jordan, New York 25. April, im „Wirtschaftsdienst", Hamburg Nr. 20 vom 18. Mai 1923).

Diese Entwickelung nahm ihren Ausgang von der mit Kriegsbeginn einsetzenden Isolierung der nationalen Wirtschaft, dem Wegfall eines guten Teils der ausländischen Konkurrenz auf dem Inlandsmarkt und der Heranziehung der Kartelle zur Durchführung der Aufgaben der Kriegswirtschaft. Für Deutschland im besonderen gesellte sich zu diesen Gründen der steigenden Macht der Kartelle der Warenmangel und die Geldentwertung. An die Stelle der Kriegsblockade trat die Währungsblockade. Diese bewirkte die Fortdauer der Absperrung ausländischer Waren vom deutschen Markt auch nach Beendigung der Feindseligkeiten und verhinderte die in anderen Ländern mit der Schnelligkeit des modernen Wirtschafts-

lebens sich vollziehende Rückkehr zu normalen ökonomischen Verhältnissen. Die in der Natur der Dinge begründete, schwächere wirtschaftliche Position des Verbrauchers gegenüber dem Erzeuger wurde in demselben Verhältnis mehr und mehr erschüttert, in dem sich mit der „Flucht in die Ware" das Gleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage zu Lasten des Konsumenten verschob. Mit Recht nennt Lehnich-Fischer, „Das deutsche Kartellgesetz" S. 30 in diesem Zusammenhang des weiteren das Verschwinden der „in der Vorkriegszeit innerhalb der Kartelle stets vorhandenen latenten Konkurrenz" als Folgeerscheinung der kartellfreundlichen Lage der deutschen Wirtschaft nach dem Kriege. Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle" stellt dazu im Nachtrag zu S. 110, S. 299 fest, daß in dieser Zeit die Preisdebatten in den Kartellen einen anderen Charakter angenommen haben. „Man streitet mehr um die Grenze, die man dem Gesetz, den Behörden, der Öffentlichkeit gegenüber vertreten kann, als um die Höhe des Preises, die der Abnehmer ohne Rückgang des Absatzes bewilligen würde. Die günstige Marktlage stellt an das volkswirtschaftliche und soziale Verständnis der Mitglieder und der Kartelleiter weitaus größere Anforderungen als früher, wo das rein privatwirtschaftlich eingestellte Denken in den meisten Kartellen überwog und auch ohne Beeinträchtigung des Ganzen vorherrschen durfte, weil genügend automatisch wirkende Gegenkräfte (Entstehung von Außenseitern, Einfuhr usw.) vorhanden waren." Daß das eine oder andere Kartell diesen erhöhten Anforderungen nicht genügte, sondern nach wie vor seine Aufgabe in erster Linie darin sah die Konjunktur auszunützen, erscheint bei der großen Zahl der neu entstandenen Kartelle nicht wunderlich. „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß bei einer derartig raschen Entwickelung manches Gebilde erwuchs, das in der härteren Friedenszeit nicht ans Licht der Welt gekommen wäre, und daß das scheinbare Blühen eines Teiles dieser Organisationen vorwiegend auf der Treibhausluft beruhte, die unsere Wirtschaft und unser ganzes Volksleben umgab," betonte der stellvertretende Vorsitzende der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, R. A. Lammers, auf der Kartelltagung (vgl. K. R. 1923 S. 227.)

War schon in früheren Jahrzehnten die Unausgeglichenheit der Stellung der Verbraucher gegenüber der Stellung der Erzeuger immer dann die Quelle der stets wiederkehrenden Forderung nach der „Staatlichen Kartellaufsicht", wenn der allgemeine Generalregulator und Hüter des „justum pretium", die freie Konkurrenz, durch überhandnehmende Kartellierung ausgeschaltet zu werden drohte (vgl. die Verhandlungen des 26. und 27. Deutschen Juristentages, insbes. Verh. des 26. Deutsch. Jur.-Tages Bd. 1 S. 63 und Verh. des 27. Deutsch. Jur.-Tages Bd. 4 S. 500 und 547 ff. und 674 ff.; ferner die Verhandlungen des Mannheimer Kongresses für

Sozialpolitik nebst Schmoller in Schmollers Jahrbuch 1905 Heft 4 S. 325 ff.), so erklang nunmehr der Ruf nach staatlicher Intervention stärker und dringlicher denn je zuvor. Vgl. Stern, „Die öffentliche Meinung und die Kartelle", K. R. 1923, Heft 2 S. 69 ff.

B.

Die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen.

Mit der „Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen" (KartVO. vom 2. November 1923, RGBl. I S. 1067) hat die Reichsregierung diesem aus der Mitte der parlamentarischen Körperschaften des Reiches und insbesondere Bayerns (vgl. Stern in K. R. 1923 Heft 2 S. 71 ff. und Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 39 ff.), der Genossenschaften (vgl. Lehnich-Fischer a. a. O. S. 47), Teilen des Handels und der Industrie und der Gesamtmasse der Verbraucher an sie gestellten Verlangen genügt und „eine Handhabe geboten, um die schädlichen Auswüchse des Kartellwesens mit aller Schärfe zu bekämpfen" (Amtliche Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe des Gesetzes). Die wirtschaftlich und politisch gleichermaßen interessante Entstehungsgeschichte der KartVO. hat bei Lehnich-Fischer a. a. O. S. 17—66 eine ausführliche und ausgezeichnete Darstellung gefunden, auf die hier Bezug genommen werden kann. Daß die Reichsregierung zur Erreichung des gewollten Zieles „nicht den Weg der völligen Zertrümmerung der Kartelle beschreiten zu dürfen glaubte", vielmehr diese Organisationen dazu befähigen wollte „durch ihre Reinigung der Anbahnung einer lauteren Geschäftsgebarung, der Verbreitung rationeller Produktionsmethoden und einer Vereinheitlichung der Preisbildung zu dienen", verdient volle Zustimmung. Mit Tschierschky, a. a. O. darf in dieser „rationellen Mäßigung" einmal die richtige wirtschaftliche Erkenntnis der Notwendigkeit der Kartelle in der gegenwärtigen Wirtschaftskrisis und zum anderen die wichtige politische Einsicht gesehen werden, daß bei der als Grundrecht in den Art. 152 und 159 unserer Reichsverfassung gewährleisteten Organisationsfreiheit den Kartellbestrebungen der Unternehmer keine einseitigen Fesseln auferlegt werden können ohne Rückwirkung auf die Koalitionsrechte der Arbeiter — eine These, die mutatis mutandis bereits im Jahre 1890 von Schoenlank vertreten wurde. (Vgl. Archiv für Soz. Gesetzgebung und Statistik Bd. 3 S. 532 ff.)

I.

Die außenwirtschaftliche Funktion.

Besondere Bedeutung hat die KartVO. insofern, als sie nach einer langjährigen Entwickelung des Kartellwesens in Deutsch-

land die erste gesetzliche Regelung darstellt auf diesem höchst bedeutsamen und fruchtbaren Rechtsgebiet. Mit der bisher auf dem weiten Feld des Kartellrechts geübten „Kunst sich zu helfen“ — der großen Kunst der römischen Juristen — (vgl. Jhering, Geist des römischen Rechts, III 1 § 56, 4. Aufl. S. 242 ff.), mit der rechtsetzenden Kautelarjurisprudenz unserer höchsten Gerichte wurde damit gebrochen. Das Mittel der „Selbsthilfe“ von Kleinwächter bis Tschierschky als ultimum refugium bekämpft und gepriesen, hatte sich zu schwach erwiesen um Zünglein an der Wage zu sein zwischen freier Wirtschaft und Monopolmacht. Die Notwendigkeit des Erlasses der KartVO. freilich war nicht eine Folge normaler, gesunder wirtschaftlicher Entwickelung. In dem Zeitpunkt höchster Bedrängnis großer Teile der Bevölkerung, auf dem Gipfel der Inflation, im Augenblick der „Billionenrechnung“ wurde sie erlassen. Von Anfang an konnte dabei kein Zweifel darüber bestehen, daß diese Verordnung kein Allheilmittel unserer zerrütteten Wirtschaft sein konnte, so wenig wie die Kartelle Ursache dieser Zerrüttung waren. Stärkere Kräfte mußten die Gesundung der deutschen Wirtschaft anbahnen. Erst im Gefolge dieser stärkeren Kräfte gelangte die Kart.-VO. zu ihrer Auswirkung. Erst im Anschluß an die sinkende Konjunktur wies sie übermächtige Kartelle in ihre Schranken. Durchaus zuzustimmen ist daher den Ausführungen Metzners in K. R. 1924 Heft 6 S. 313, „daß die Verkündung der KartVO. auf dem Gipfel der Inflation, als alle Anzeichen auf eine reinigende Krisis hindeuteten, insofern ein außerordentlich geschickter Griff war, als nunmehr die Hoffnung bestand, daß ein guter Teil der Wirkungen stärkerer Ursachen der KartVO. gutgeschrieben würde“. Die treibenden Kräfte und Stärkeverhältnisse unserer Wirtschaft erfuhren im Zeitpunkt des Erlasses und Wirksamwerdens der KartVO. eine grundsätzliche Wandelung. Nicht die staatliche Intervention, sondern der Wechsel in der Konjunktur erschütterte in erster Linie und mit ganz anderer Wirkung die Stellung der Kartelle. Der Konkurrenzkampf, der bislang fast erstorben war, erwachte zu neuem Leben und nahm alsbald ganz besonders scharfe Formen an. Um den bisher völlig mißachteten Verbraucher entbrannte ein Wettlauf, nicht nur zwischen den Kartellen untereinander, sondern auch zwischen den Kartellen und ihren Außenseitern, ja sogar zwischen den einzelnen Mitgliedern ein und desselben Kartells. Die „latente Konkurrenz“, von der oben bereits einmal gesprochen wurde, trat erneut in Erscheinung und wurde mitunter zu einer mehr oder minder „patenten“. An die Stelle der „Flucht in die Ware“ trat die „Sucht nach der (Renten-)Mark“. Die bisher völlig dominierende Nachfrage kehrte in ein angemessenes Verhältnis zum Angebot zurück, bisweilen überwog sogar das Angebot, eine völlige Verkehrung in das gerade Gegenteil des früheren Zustandes! Die Überschwemmung des Marktes mit Geld wurde abgelöst durch die Geldknapp-

heit. In ihrem Gefolge machte sich eine starke Kreditnot fühlbar und bereitete ungemeine Schwierigkeiten den auf Kredit angewiesenen und mit Kredit arbeitenden Unternehmungen. Die neuen Verhältnisse forderten neue Maßnahmen. Der umgekehrt fließende Strom riß alles und jedes mit sich, was gegen ihn anzukämpfen suchte. Was vorher zuweilen mit den „Steinschloßflinten und Vorderladern des Rechtskampfes" mit oft recht zweifelhaftem Erfolg versucht worden war, erreichten im Augenblick das „rauchlose Pulver und die Schnellfeuergeschütze des Wirtschaftskampfes" — ein Bild, das Klein auf dem 27. Deutschen Juristentage speziell für das Gebiet des Kartellrechts prägte und nunmehr die Wirklichkeit glänzend bestätigte. Der als ein Kampfmittel gegen die Übermacht der Kartelle gedachten KartVO. war in der wirtschaftlichen Entwickelung ein mächtiger Bundesgenosse entstanden, der mehr als alle Maßnahmen des Gesetzgebers an den Grundfesten der Kartelle rüttelte. Gegen die wirtschaftliche Entwickelung Sturm zu laufen, war nie Sache eines tüchtigen Kaufmanns, nie Streben eines einsichtigen und weitblickenden Kartelleiters. Mehr denn je auf Abnehmer bzw. Verbraucher angewiesen, trugen die Erzeuger mehr denn je dessen Verhältnissen Rechnung. Die Zeit rücksichtsloser Preisstellungen war vorüber. Für „künstliche Einschränkung der Erzeugung, übermäßige Risikozuschläge und unproduktive Hemmungen der Wirtschaft", war kein Raum mehr, „der scharfe Wind des freien Wettbewerbes" wehte wieder. Nicht die Rücksicht auf das „Gemeinwohl" oder die „Gesamtwirtschaft" zwangen letzten Endes zur Umkehr, sondern eigene wirtschaftliche Not, das Gebot der Stunde, die Forderung der Gegenwart an die kaufmännische Klugheit. Mit solchen Helfern im Bunde gelang es verblüffend schnell, „die schädlichen Auswüchse des Kartellwesens mit aller Schärfe zu bekämpfen", was — wie aus der amtlichen Mitteilung an die Presse bei Bekanntgabe des Gesetzes erhellt — Zweck und Ziel der KartVO. war.

II.

Die innenwirtschaftliche Funktion.

Daß die KartVO. vom 2. November 1923 mit dem sich im Laufe der folgenden Monate vollziehenden Umschwung in der Wirtschaft nicht hinfällig wurde und dergestalt das Schicksal so manches anderen Eingriffes des Gesetzgebers in den Lauf der Wirtschaft teilte, sondern sich auch unter den völlig anders gewordenen Verhältnissen und bei der von Grund auf veränderten Marktlage mit einem nicht zu bestreitenden Recht zum Fortbestand behaupten konnte, macht der Umsicht und dem Weitblick des Gesetzgebers alle Ehre. Die Richtung freilich, nach der hin die KartVO. sich auswirkt, hat sich mit dem Wechsel der Konjunktur geändert. War vordem für die Verordnung, die sich nach außen hin gegen den Verbraucher bzw.

gegen den Abnehmer auswirkende Machtstellung der Kartelle Ziel- und Angriffspunkt, so ist ihre Aufgabe in der Gegenwart in erster Linie der Schutz der Kartellmitglieder selbst gegen die internen Maßnahmen der einzelnen Kartelle. Aus einem Schutz- und Schirmherren gegen den „äußeren Organisationszwang" wurde die KartVO. zu einem Kreuzfahrer gegen übertriebene Maßnahmen der einzelnen Kartelle innerhalb ihres Mitgliederkreises, gegen den „inneren Organisationszwang", oder wie man vielleicht auch sagen könnte, „zu einem Vorkämpfer für die Anerkennung der clausula rebus sic stantibus auf dem Gebiet der Kartellverträge". Wenn wir in einer Notiz der „Frankfurter Zeitung" vom 21. März 1924 Nr. 218 unter der Überschrift „Auswirkung der Kartellverordnung" lesen: „Die praktische Auswirkung der KartVO. liegt bisher fast ausschließlich in der Ausnutzung der im § 8 den Kartellmitgliedern gebotenen Möglichkeit den Kartellvertrag auf Grund eines privatwirtschaftlich wichtigen Grundes zu kündigen, während ein Eingreifen aus Gründen des Gesamtwohls oder der Gemeinwirtschaft bisher nicht erfolgt ist. Es erweist sich also, daß der Schwerpunkt der praktisch-wirtschaftlichen Konsequenzen in einem vom Gesetzgeber wahrscheinlich nicht vermuteten Umfang sich auf einen Nebenpunkt, als welcher der § 8 ursprünglich gedacht gewesen sein dürfte, verschoben hat", so ist die Feststellung der großen Bedeutung, die der § 8 KartVO. infolge der veränderten Wirtschaftslage erlangt hat, zweifellos zutreffend. Unrichtig aber ist die Ansicht des Berichterstatters, daß sich damit das Schwergewicht der KartVO. auf einen „Nebenpunkt" verschoben habe. Gegen diese Meinung hat bereits Tschierschky in der „Frankfurter Zeitung" vom 5. April 1924 Nr. 259 Stellung genommen und darauf hingewiesen, daß das dem einzelnen Kartellmitglied durch den „vielverkannten" § 8 KartVO. eingeräumte, fristlose, durch eine Entscheidung des Kartellgerichts nachprüfbare Kündigungsrecht aus wichtigem Grund die Handhabe zu einer sehr gründlichen öffentlichen Kontrolle der Verbandspolitik bietet. Gerade in der Verknüpfung der ausschließlich staatlichen Organisationskritik — wie sie die amerikanische Antitrustgesetzgebung aufweist — mit einer privatwirtschaftlichen Kontrolle der Verbandspolitik sieht Tschierschky die Stärke und das grundsätzlich Neue der deutschen KartVO. In der gleichen Richtung bewegen sich auch die Ausführungen des Reichswirtschaftsministers in seinem Rundschreiben an die Regierungen der Länder vom 23. Juli 1924, worin der § 8 KartVO. als eine wirksame Maßnahme staatlicher Kartellaufsicht gewürdigt wird. „Die mehrfach bestätigte Befürchtung, daß im Fall von Kündigungen auf Grund des § 8 wegen Überspannung des inneren Organisationszwanges der Bestand der Organisation überhaupt gefährdet wird — führt der Minister aus — hat vielfach zu vorbeugenden Umgestaltungen von Kartellverträgen, zur Freigabe kartell-

mäßig gebundener Preise und Bedingungen und zur Auflösung von Ausschließlichkeitsverträgen geführt" — durch seine bloße Existenz also hat der § 8 eine staatliche Intervention erübrigt! Fehl geht daher die nach Metzner in K. R. 1924 Heft 6 S. 320 „von maßgebender Seite" vertretene Meinung, daß der § 8 als ein „Fremdkörper" in der KartVO. wirke und in der Hauptsache als ein „Kompromiß" zwischen Zerschlagung und Duldung der Kartelle anzusehen sei. Diese Auffassung des § 8 der KartVO., die auch bis zu einem gewissen Grade von Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 120 ff. geteilt zu werden scheint, macht sich nicht den Weitblick des Gesetzgebers zu eigen und bleibt zu sehr an die Vorstellung gebunden, daß Schutzobjekt der KartVO. lediglich die Abnehmer bzw. die Verbraucher seien und nur der äußere Organisationszwang den Gegenstand staatlicher Kartellaufsicht bilde.

Wenn Friedländer a. a. O. die Tatsache, daß die KartVO. „ein Glied in der Kette der Maßnahmen bilde, die zur Durchführung und Ermöglichung der Stabilisierung der Mark unternommen wurden", als besonders maßgeblich hervorhebt und zur Grundlage seiner Einstellung bei der Beurteilung der fristlosen Kündigung des Kartellvertrages aus wichtigem Grund gemäß § 8 der KartVO. macht, so darf mit Fug und Recht gefragt werden, was dann Jahr und Tag nach der Festigung unserer Währung die KartVO. eigentlich noch soll und weshalb gerade sie nicht das Schicksal der anderen Glieder dieser Kette von Stabilisierungsmaßnahmen teilte, die längst wieder eingeschmolzen oder doch den neuen Verhältnissen entsprechend umgegossen wurden. Wäre die Ansicht Friedländers richtig, dann könnte die KartVO. ohne jede Gefahr für unsere Wirtschaft wieder aufgehoben werden, denn — wie schon oben ausführlich dargelegt wurde — insoweit sie die sich gegen Abnehmer und Verbraucher d. h. nach außen richtenden Auswüchse der Kartelle bekämpfen wollte, ist ihr Betätigungsfeld verschwindend klein geworden. Die sinkende Konjunktur hat hier mit eisernem Besen bereits durchgefegt und was übrig blieb, würde wirklich nicht den großen technischen Apparat der KartVO. zu seiner Beseitigung erfordern.

Indessen war dem Gesetzgeber die von Tschierschky mit den Worten ausgesprochene Wahrheit: „Konjunkturmonopole tragen in jedem Falle den Keim ihrer raschen eigenen Vernichtung in sich" nicht unbekannt und sicherlich im Zeitpunkt des Erlasses der KartVO. voll und ganz gegenwärtig. Daher ging seine Absicht — in der richtigen Erkenntnis der mit provisorischen gesetzlichen Eingriffen in das Wirtschaftsleben verbundenen Gefahren — nicht dahin mit der KartVO. ein Provisorium zu schaffen. Die KartVO. ist kein Glied in der Kette der bloßen Maßnahmen zur Durchführung der Stabilisierung unserer Währung. Als erste gesetzliche Regelung des deutschen Kartellrechts verlangt und besitzt sie eine viel

größere Bedeutung. Insoweit Friedländer diese Bedeutung unterschätzt und in dem die Loslösung vom Kartellvertrag behandelnden § 8 der KartVO. ebenso wie in der KartVO. selbst nur eine „Notstandsmaßnahme" erblickt, irrt er. Weshalb erließen unlängst so wenig zu „Notstandsmaßnahmen" veranlaßte Länder wie Norwegen und Argentinien Kartellgesetze?

Die gesetzliche Regelung des Kartellrechts ist eine Forderung der modernen wirtschaftlichen Entwickelung. Mit dem Scharfblick des Kenners hat Flechtheim bereits im Zeitpunkt der „Kartellblüte" prophezeiht, „sobald neue Absatzkrisen von größerer Dauer eintreten, werden auch die ehemaligen Erscheinungen auf dem Kartellrechtsgebiet sich wiederholen, insbesondere die Umgehungen der Kartellbestimmungen, die Kündigung von Kartellen (!), der Kampf um die Beteiligungsziffer" (vgl. Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle", Nachtrag zu S. 110, S. 300). Diese Voraussage ist inzwischen Wirklichkeit geworden und gegenüber diesen Anforderungen an das Kartellrecht war kein Auskommen mehr mit der „Kunst, sich zu behelfen" und mit dem von Rudolf Isay geprägten und auch von Tschierschky anerkannten Satz — dem „einzigen allgemeingültigen des Kartellrechts" —: „Die Kartelle sind verpflichtet, bei ihrer Geschäftsgebarung das Interesse der Allgemeinheit zu berücksichtigen; eine gemeinschädliche Politik ist ihnen verboten" (vgl. Abhandlungen zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik Heft 1 S. 58, Heft 2 S. 85). Das moderne Wirtschaftsleben verlangt eingehendere und schärfer umrissene Normen.

Mit Recht hat sich daher der Schöpfer der KartVO. nicht darauf beschränkt mit einem einseitigen Schutz der Abnehmer und Verbraucher den augenblicklichen Forderungen der Inflationsperiode zu genügen, sondern im Hinblick auf die mit dem Eintritt sinkender Konjunktur ganz anders werdende Wirtschaftslage und sich von Grund aus ändernde Kartellpolitik auch die Mitglieder der Kartelle selbst in seinen Bannkreis einbezogen. Der Gesetzgeber ging damit nicht unbekannte und neue Wege, sondern trug nur den treffenden Ausführungen Tschierschkys Rechnung, der scharf und knapp zum Ausdruck brachte: „Der Effekt jeder Kartellpolitik ist durchaus gebunden an seine Doppelseitigkeit, denn jedes Kartell äußert seine Wirkungen nur korrelat einmal innenwirtschaftlich auf seine Mitglieder und zugleich außenwirtschaftlich auf seine Marktgegner. Diese beiden Wirkungskreise bedingen sich gegenseitig, engen sich aber auch gleichzeitig ständig ein" (vgl. Abh. zum Kartellrecht und Kartellpolitik Heft 2 S. 74).

III.

Die Bedeutung des § 8 KartVO. im besonderen.

In der Tat erweist sich der den Rücktritt vom Kartellvertrag in der Form der fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund be-

handelnde § 8 der KartVO. lediglich als die Kehrseite der Nichtigkeitserklärung des Kartellvertrages nach § 4 Abs. I Ziff. 1 mit § 7 KartVO. Gilt die letztere Bestimmung für den Fall der steigenden Konjunktur, in dem es natürlich keinem Kartellmitglied einfällt sich freiwillig von dem gewinnbringenden Verband zu lösen, so behandelt der § 8 der KartVO. den Fall des schlechter werdenden Geschäftsganges, wo jede hindernde Fessel abgeworfen wird und gegenüber der sonst vorherrschenden Organisationstendenz der individualistische und egoistische Selbsterhaltungstrieb in den Vordergrund tritt. In dieser Erwägung wird man den § 8 nur schwerlich als „Fremdkörper" in der KartVO. bezeichnen können. Seine Funktion, die einzelnen Kartellmitglieder aus wichtigem Grund von der Fessel bedrohlicher Verbandsnormen zu befreien, gehört sicherlich zu den Aufgaben einer gesunden und gerechten, d. h. nicht einseitigen staatlichen Kartellaufsicht. Daß bei der Begründung einer Kündigung nach § 8 im Gegensatz zur Begründung eines Antrags auf Erlaß einer Anordnung des Reichswirtschaftsministers nach § 4 Abs. I Ziff. 2 KartVO. in erster Linie privatwirtschaftliche Gesichtspunkte in Frage kommen, ist eine ganz andere Tatsache, die mit der Frage nach der Wirkung des § 8 und seiner Stellung im Rahmen der KartVO. nicht das geringste zu tun hat.

Zu einer irrigen Auffassung der Tendenz des § 8 der KartVO. muß man naturgemäß gelangen, wenn man — wie Friedländer und Metzner — von der Ansicht ausgeht, daß durch diese Bestimmung für das „Übergangsstadium der Stabilisierungsperiode die Befreiung von Kartellpflichten, die diesen Übergang hinderten, erreicht werden sollte". Nicht um die Kartellmitglieder zu einer Lösung des Kartells zu veranlassen, wurde die Möglichkeit geschaffen den Kartellvertrag katexochen aus wichtigem Grund zu kündigen, sondern gerade umgekehrt, weil in Zeiten sinkender Konjunktur Massenkündigungen von Kartellverträgen mit Sicherheit erwartet werden mußten, wurde eine Norm geschaffen, die eine rechtliche Würdigung und Prüfung dieser Lösung aus dem Kartellverband gestattete. Zwischen dem § 8 der KartVO. und der Kündigung eines Kartellvertrages besteht kein finales, sondern ein kausales Verhältnis. Der wirtschaftliche Vorgang der Befreiung von Verbandsnormen um jeden Preis ist das primäre und die Notwendigkeit einer rechtlichen Regelung dieses Vorgangs das sekundäre Element des § 8.

Von dem vorgetragenen Gedankengang ausgehend, erscheint es durchaus nicht absonderlich oder sogar — wie Metzner meint — bedauerlich, daß sich nach dem erfolgten Stabilisierungsprozeß und dem sich daran anschließenden Wechsel der Konjunktur die KartVO. in der Praxis in der Hauptsache in Entscheidungen des Kartellgerichts über fristlose Kündigungen gemäß § 8 KartVO. erschöpfte.

Die große Bedeutung, die demnach in wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht das Problem der fristlosen Kündigung eines Kartellvertrages erlangt hat, rechtfertigt eine Spezialuntersuchung des zum Gegenstand dieser Arbeit gemachten Themas. War schon in früheren Zeiten die Lösung der Kartellbildung immer eine der Grundfragen des Kartellrechts neben den Problemen der rechtlichen Organisationsformen der einzelnen Kartelle, so ist heute der „Rücktritt vom Kartell" in der Form der fristlosen Kündigung des Kartellvertrages auf Grund des § 8 der KartVO. mit seinen Voraussetzungen und Wirkungen „Kernstück" nicht nur der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen, sondern des Kartellrechts überhaupt.

Der Kartellbegriff.

§ 2

> Will man die Ausdrücke Hegel'scher Geschichtsphilosophie verwenden, so kann man das System der völlig ungeregelten Wirtschaft, des wirtschaftlichen Kampfes aller gegen alle als Thesis bezeichnen.
>
> Als Antithesis erscheint die völlig zwangsläufige Wirtschaft, wie sie etwa dem Erfurter Programm vorschwebte, in der nichts dem Belieben des einzelnen Wirtschaftssubjekts überlassen, sondern alles zentral geregelt ist.
>
> Demgegenüber bilden die Kartelle eine Synthese.
>
> (Rudolf Isay.)

A.

Flechtheims Definitionskritik.

Ohne Zweifel kann nicht von einem „Rücktritt vom Kartell" oder einer „Lösung aus dem Kartellverband" gesprochen werden, bevor die Frage nach dem Kartellbegriff beantwortet wurde. War diese Frage in früheren Zeiten dazu berufen so manches Buch zu füllen und nahezu als ein Prüfstein juristischen Scharfsinns zu gelten, so ist es ein zweifelloses Verdienst Flechtheims, den mannigfaltigen Versuchen der „Begriffsbestimmung um jeden Preis" in der älteren juristischen Kartelliteratur — vgl. z. B. Menzel, „Die Kartelle und die Rechtsordnung". Leipzig 1902 S. 2 ff.; Rundstein, „Das Recht der Kartelle". Berlin 1904 S. 2 ff.; Hirsch, „Die rechtliche Behandlung der Kartelle". Jena 1903 S. 25 ff.; Ders., „Zur Kartellfrage". Jena 1904 S. 5 ff.; Bauch, „Die Rechtsform der Kartelle". Jena 1908 S. 6/7 — mit der im ersten Augenblick verblüffenden Parole entgegengetreten zu sein: „Lege non distinguente nec nostrum est distinguere." Ähnlich wie Hüttner, „Das Recht der Kartelle in Deutschland". Leipzig 1909 S. 1 ff. gegenüber dem „Chaos der Meinungen"

bereits richtig empfunden hatte, sprach Flechtheim klar und deutlich aus, daß sich mit solchem Bestimmungseifer die Juristen „ohne Not in einen zum größten Teil terminologischen und methodologischen Streit der Nationalökonomen mischen“ (vgl. Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle“ S. 4 ff.), demgegenüber die „Frage nach dem Wesen der Erscheinungen selbst“ — Hüttner nennt das „die formale Seite des Kartellbegriffes“ — viel einheitlicher beantwortet würde.

Es ist nicht zu verkennen, daß, nachdem Flechtheim den Knoten der juristischen Kartelldefinition dergestalt durchhauen und den „Beruf unserer Zeit für die Begriffsbestimmung des Kartells in der Rechtswissenschaft“ abgelehnt hatte, auf diesem bisher heiß umstrittenen Gebiet eine gewisse Ruhe und kontemplative Friedfertigkeit eintrat, welche die juristische Kartelliteratur auf die Erörterung der einzelnen und eigentlichen Rechtsfragen des Kartellwesens verwies.

B.

Der Kartellbegriff nach Liefmann und seine Erweiterung durch Isay.

Seit Flechtheims Kritik gilt die schon von Liefmann in „Kartelle und Trusts“ aufgestellte Definition des Kartells als „Freie Vereinbarung zwischen selbständig bleibenden Unternehmern derselben Art zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes“ als allgemein anerkannt und auch für den Juristen genügend. Die Mahnung Flechtheims, daß „nicht jeder Jurist, der sich mit dem Kartellproblem beschäftigt, als seine Ehrenpflicht anzusehen brauche die reiche Schüssel der vorhandenen Begriffsbestimmungen um ein neues Gericht zu bereichern“, wurde mehr oder minder beherzigt. Der neuen Zeit blieb es vorbehalten, abermals in der juristischen Kartelliteratur die Frage nach dem Kartellbegriff aufzurollen, da angeblich die Definition Liefmanns auf moderne Bestrebungen im Kartellwesen nicht mehr paßt. Um auch die sich mit der rationelleren Ausgestaltung des Produktionsprozesses ihrer Mitglieder befassenden Unternehmerverbände — die sog. „Fertigungskartelle“ — unter den Kartellbegriff subsumieren zu können, empfahl Rudolf Isay — vgl. Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht (Heft 1 der Abhandlungen zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik) S. 12 ff. — die Definition Liefmanns durch eine erweiterte Begriffsbestimmung zu ersetzen, derzufolge ein Kartell anzusehen sei als „eine Vereinigung selbständiger Unternehmer eines Gewerbezweiges, welche den Einkauf, die Erzeugung oder den Absatz innerhalb des Gewerbezweiges regeln will“.

Mit Recht wird die Neuerung Isays von der herrschenden Meinung abgelehnt. Die Umgestaltung des Kartellbegriffes nach

Liefmann zum Zwecke der Erfassung der „Fertigungskartelle“ ist unnötig und im Zuge der Begründung Isays unrichtig.

Unnötig ist eine Neufassung des Kartellbegriffes insofern, als Isay irrt, wenn er ausführt, daß gegenüber der Neuerscheinung der „Fertigungskartelle“ die Wissenschaft sich nur in doppelter Weise verhalten könne: Entweder müsse sie diese Fertigungskartelle — trotz ihres Namens — a limine als Nichtkartelle betrachten oder als Kartelle anerkennen und Liefmanns Definition erweitern. Isay übersieht dabei den dritten und richtigen Weg: Auch die Fertigungskartelle als Kartelle anzuerkennen, trotzdem aber an der Definition Liefmanns festzuhalten.

Insoweit Isay diesen Weg deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil „ein solches Kartell sich völlig darauf beschränken könnte, die einschlägigen Fabrikate in drei oder vier Gruppen zu teilen und anzuordnen, daß jedes Mitglied nur Fabrikate einer bestimmten Gruppe herstellen darf, im übrigen aber zwischen den Mitgliedern der gleichen Gruppe dem rücksichtslosesten Wettbewerb freie Bahn zu lassen imstande sei, sodaß von irgendwelcher Marktbeherrschung keine Rede sein könne, so wenig wie von irgendwelchem Monopol“, ist seine Argumentation auch unrichtig. Isay übersieht dabei, daß gerade in der Verteilung der verschiedenen Produkte auf einzelne Fabrikationsgruppen und in der Bestimmung, daß jede Gruppe nur eines dieser Produkte herstellen darf, bereits eine sehr erhebliche Tendenz zur „Marktbeherrschung“ und zum „Monopol“ gegeben ist. Was bedeutet denn die sog. „Marktbeherrschung“, das sog. „Monopol“ anderes als eine Beeinflussung des den Preis und damit auch den Unternehmergewinn bestimmenden Angebot-Nachfrage-Verhältnisses? Wird nicht gerade dieses Verhältnis ganz erheblich durch ein Übereinkommen beeinflußt, demzufolge eine ganze Reihe von Unternehmungen von der Herstellung eines bestimmten Produktes ausgeschaltet wird und diese nur einer bestimmten und zahlenmäßig begrenzten Fabrikationsgruppe vorbehalten bleibt? Daß unter Umständen zwischen den Mitgliedern dieser Gruppe der Wettbewerb unverändert und rücksichtslos weitergeht, darf doch nicht darüber hinwegtäuschen, daß dieser Wettbewerb eben nur mehr innerhalb der Mitglieder dieser Spezialgruppe sich auswirkt, dadurch aber für die übrigen Gruppen jedwede Konkurrenz in deren Fabrikaten von vornherein wegfällt, daß — mit anderen Worten — zwar innerhalb der gleichfabrizierenden Unternehmungen noch konkurriert wird, aber nicht mehr innerhalb der verschiedenen Fabrikate. Erst die sämtlichen an einem solchen — in einzelne Fabrikatgruppen geteilten — Verband beteiligten Unternehmungen aber bilden das „Fertigungskartell“, nicht etwa die einzelnen Unternehmungen jeder gleichfabrizierenden Gruppe. Mag zwischen den letzteren ein noch so großer gegenseitiger Konkurrenzkampf stattfinden, innerhalb der einzelnen Fabrikatgruppen ist jede Konkur-

renz einer nur noch durch die vorhandenen „Außenseiter“ beschränkten „Marktbeherrschung“ bzw. „Monopolstellung“ gewichen. Daß solche Vereinbarungen sehr wohl mit dem integrierenden Bestandteil der Kartelldefinition nach Liefmann „zum Zwecke monopolistischer Beherrschung des Marktes“ in Einklang zu bringen sind, bedarf nach diesen Erwägungen keiner weiteren Begründung.

Wird andererseits eine Vereinbarung nur hinsichtlich einer gewissen „Normalisierung“ oder „Typisierung“ — die „Spezialisierung“ dürfte im allgemeinen mit der oben behandelten Einteilung der verschiedenen Fabrikate in einzelne Gruppen und der Zuteilung einer bestimmten Anzahl von Unternehmungen auf jede Gruppe Hand in Hand gehen — getroffen, des Inhalts etwa, daß alle an einem solchen Übereinkommen beteiligten Unternehmungen nur mehr einen bestimmten einheitlichen Typ des betreffenden Fabrikats, aber alle den gleichen Typ!, herzustellen sich verpflichten, so hat eine solche Abrede allerdings nichts mehr mit einer Marktbeherrschung oder Monopolstellung zu tun, zwingt aber um so weniger zu einer Neuredaktion der Kartelldefinition Liefmanns, als eine solche Übereinkunft vielleicht eine „Produktionsgesellschaft“ (vgl. Schulz-Mehrin in K.R. 1920 S. 147 ff.) darstellt, aber sicherlich kein Kartell*).

Trotz der nach Isay „am fortschrittlichsten denkenden und den größten volkswirtschaftlichen Überblick besitzenden Kartellmitglieder und Kartelleiter“ der „Fertigungskartelle“ bleibt dem Kartellbegriff die „monopolistische Beherrschung des Marktes“ immanent. Vgl. auch die ebenfalls ablehnende Kritik der Definition Isays bei Flechtheim „Die rechtliche Organisation der Kartelle“ im Nachtrag zu S. 6 S. 229 und Liefmann in JW. 22, 1496; ferner Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz“ S. 60.

C.

Der Kartellbegriff der KartVO.

Lief Isay unter Hinweis auf „die mangelnde Übereinstimmung der üblichen Begriffsbestimmungen mit den neu aufgetauchten Kartellformen und Kartellproblemen“ vergeblich gegen den seit Liefmann-Flechtheim konstanten Kartellbegriff Sturm und zwang auch der unter den Nationalökonomen als „propria causa“ teils lohend, teils glimmend fortdauernde und besonders durch die Bildung der Zwangskartelle neu geschürte Streit um die Kartelldefinition die Kartellrechtswissenschaft nicht zu unmittelbar aktivem Eingreifen, so mußte diese reservierte Stellung notwendig in dem Augenblick aufgegeben werden, da Flechtheims „conditio sine qua non“ für eine juristische Bestimmung des Kartellbegriffs

*) Vgl. hierzu neuerdings einerseits Tschierschky in Isay-Tschierschky: „Kartellverordnung“ S. 51, andererseits Isay a. a. O. Anm. 11 zu § 1, S. 129.

Wirklichkeit wurde. Als „Rechtssätze geschaffen wurden, die gerade auf den Begriff Kartell gemünzt waren, als es sich fragte, ob gewisse Normen auf eine konkrete wirtschaftliche Erscheinung, auf einen von irgendeiner Seite als Kartell angesprochenen Verband anzuwenden seien und nicht nach der juristischen Natur der Kartelle im allgemeinen, wohl aber nach dem Begriff des Kartells im Sinne der einzelnen Rechtsnormen zu forschen war" (Flechtheim, „Die rechtliche Organisation der Kartelle" S. 4), galt es für den Juristen den Begriff Kartell im Sinne der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen zu bestimmen.

Hatte schon Flechtheim Zweifel an der legislatorischen Unbedenklichkeit einer authentischen Bestimmung des Kartellbegriffs in einer zukünftigen Gesetzgebung ausgesprochen, so dürften gleiche Erwägungen, insbesondere der Hinblick auf die Flüssigkeit der Materie, die Variabilität und Agilität des Wirtschaftslebens, den Gesetzgeber veranlaßt haben von einer Legaldefinition abzusehen. Der Wissenschaft ist damit die Aufgabe geworden diese gewollte und bewußte Lücke im Gesetz nach den jeweils in Erscheinung tretenden Formen und Problemen des Wirtschaftslebens auszufüllen, nicht nur negative Kritik zu üben, sondern selbstschöpferisch auf- und auszubauen.

I.

Die Überleitung des älteren Kartellbegriffs in den Kartellbegriff der KartVO.

In welchem Rahmen dieser Aufgabe gerecht zu werden ist, bestimmt — soweit Kartelle in Frage kommen — der § 1 KartVO.*) Nach ihm müssen vorliegen: „Verträge oder Beschlüsse, welche Verpflichtungen enthalten über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen." Der Versuch, in diesen Rahmen den bisherigen Kartellbegriff nach Liefmann einzuspannen, ergibt von selbst, inwieweit und an welchen Punkten der alte Kartellbegriff abzuschleifen oder auszudehnen ist um sich harmonisch einzufügen in die vom Gesetzgeber bestimmte Fassung.

a) Ist nach Liefmann ein Kartell eine „freie" Vereinbarung, so scheint zunächst das Moment der Freiwilligkeit nunmehr ausgeschieden werden zu müssen. Der § 1 KartVO. spricht nur von „Verträgen oder Beschlüssen" und unterscheidet nicht, ob diese der eigenen Initiative der Beteiligten entsprungen oder der

---

*) A. A. die herrschende Meinung, die in § 1 KartVO. nicht nur den Rahmen des neu aufzustellenden Kartellbegriffs, sondern die Legaldefinition selbst erblickt. Vgl. Isay-Tschierschky: „Kartellverordnung" Anm. 8 zu § 1. S. 126.

Effekt staatlichen Druckes oder öffentlich rechtlicher Pflichten sind. Indessen hat bereits vor Erlaß der Verordnung Isay auf die wirtschaftliche Verschiedenheit der freien Kartelle und der Zwangskartelle hingewiesen und betont, daß angesichts der staatlichen Garantie des Bestandes der Zwangskartelle und des Wegfalls der Außenseiter bei diesen „die beiden Probleme weggefallen sind, die für jedes Kartell Lebensfragen sind". (Heft 1 der Abh. zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik.) Des weiteren aber bestimmt der § 19 KartVO. über diese wirtschaftlichen Gesichtspunkte hinaus, daß „die Bestimmungen dieser Verordnung nicht für Verbände gelten, deren Bildung in Gesetzen oder Verordnungen angeordnet ist", womit auch rechtlich klar und deutlich die Zwangskartelle aus dem Bannkreis dieser Verordnung ausgeschieden sind. Damit aber ergibt sich andererseits für die Feststellung des Kartellbegriffs im Sinne der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen wiederum das Moment der Freiwilligkeit des Zusammenschlusses als wesentlich (vgl. Isay-Tschierschky: „Kartellverordnung", Anm. 2 zu § 1 S. 123).

b) Dem Liefmannschen Begriff „Vereinbarung" stellt die Verordnung die schärfere und prägnantere Fassung „Verträge und Beschlüsse, welche Verpflichtungen enthalten" gegenüber. Damit wird erstmalig die „Vereinbarung zwecks monopolistischer Beherrschung des Marktes" in eine juristische Form gegossen; wird — wie der Präsident des Kartellgerichtes, Lucas, in der DJZ. 1924 S. 425 ff. betonte — „der Kartellvertrag als eine neue selbständige Vertragskategorie geschaffen." Dem bereits bisher — weil sich der lex lata gebrauchend und gestaltend (Doppelgesellschaft!) bedienend — rechtlich geregelten „vertikalen" Aufbau der Kartelle, der rechtlichen Organisation, trat, nunmehr ebenfalls vom Gesetz erfaßt, die „horizontale" Kartellbindung, die rechtliche Koalition an die Seite.

1. Den Inhalt dieser „Koalitionsnormen" regelt der Gesetzgeber unter Beibehaltung der bisherigen Einteilungen der Kartellformen. Danach sind der Verordnung unterworfen: „Verpflichtungen über 1. die Handhabung der Erzeugung (Fertigungskartelle); 2. die Handhabung des Absatzes (Kontingentierungskartelle); 3. die Anwendung von Geschäftsbedingungen (Konditionenkartelle); 4. die Art der Preisfestsetzung (Kalkulationskartelle); 5. die Forderung von Preisen (Preiskartelle)". Selbstverständlich ist diese Aufzählung im Hinblick auf die Unterabteilungen und mannigfachen Verbindungen der einzelnen Kartellformen nicht erschöpfend, doch muß, abgesehen von der Tendenz des Gesetzes, speziell aus dem Inhalt der im § 1 angeführten Klammer, besonders aus den Worten „und ähnliche Abmachungen" die Schlußfolgerung gezogen werden, daß die restlose Erfassung aller möglichen Varianten dieser einzeln angeführten Kartellarten Zweck und Wille des Gesetzes ist.

Ist somit im Hinblick auf die durch die Kartellierung erstrebten Zwecke die Verordnung extensiv auszulegen, so darf aus dieser Möglichkeit und Notwendigkeit den Willen des Gesetzgebers auch gegenüber den Mischformen der einzelnen Kartellarten zur Geltung zu bringen, doch nicht gefolgert werden, daß mit dem gleichen Mittel auch das Anwendungsgebiet des Gesetzes über die vom Gesetzgeber gezogenen Grenzen hinaus zu erweitern ist, daß mit anderen Worten auch solche wirtschaftlichen Kräftezusammenfassungen dem Kartellbegriff im Sinne der Verordnung unterzuordnen sind, die mit den im § 1 benannten in einem gewissen Zusammenhang lediglich in ihrer Auswirkung stehen. Die Unzulässigkeit einer solchen Auslegung folgt einmal aus dem Wortlaut der Verordnung, insofern diese in § 1 die hier in Betracht kommenden Koalitionen insgesamt mit der Bezeichnung „Syndikate, Kartelle, Konventionen und ähnliche Abmachungen" erschöpfend erfaßt. Wenn nämlich einerseits eine neue Kartelldefinition (welche natürlich auch Syndikate und Konventionen mit einschließen müßte) vom Gesetz nicht aufgestellt wird, andererseits aber in der Klammer die Worte „Syndikate, Kartelle, Konventionen" zur Bezeichnung für die außerhalb der Klammer enumerativ benannten wirtschaftlichen Verpflichtungen verwendet werden, darf hieraus gefolgert werden, daß der Gesetzgeber von dem bisherigen Kartellbegriff nach Liefmann nur insoweit abweichen wollte, als dieses sich mit Notwendigkeit aus den Bestimmungen des Gesetzes ergibt, während im übrigen das Wort „Kartell" dasselbe bezeichnen soll, was es vor Erlaß der Verordnung bezeichnet hat*). War vorher von der Wissenschaft eine mehr oder minder scharfe Grenze zwischen Kartellen und Trusts, Konzernen, Interessengemeinschaften und ähnlichen wirtschaftlichen Kräftezusammenfassungen gezogen, so hat diese Grenze auch nach Erlaß der Verordnung Bestand, da diese um so weniger dazu zwingt in diesem Punkt von dem bisherigen Kartellbegriff abzuweichen, als sich aus § 10 im Vergleich zu § 1 ergibt, daß die Verordnung selbst an dieser Unterscheidung zwischen der „Machtsteigerung der Unternehmungen durch technisch kapitalistische Mittel mit dem Ziel der Überflügelung der Konkurrenz" und der „Machtsteigerung der Unternehmungen durch genossenschaftliche, assoziative wirtschaftliche Verbindung mit dem Ziel der Verständigung über die Konkurrenz" — Breslauer — Tschierschky, „System und Entwickelung des neuen Kartellrechts" S. 10 — festhält. Zum anderen aber folgt die Unzulässigkeit einer derartigen

---

*) So auch das OLG. München in der Entscheidung vom 17. Juni 1924 Ber. Reg. Nr. 1060/23 I für den analogen Fall des Begriffes der „wohlerworbenen Rechte" nach Art. 129 Abs. 1 S. 3 RVerf.: „Wird ein Begriff, der einen im allgemeinen feststehenden Inhalt hat, in ein Gesetz übernommen, so muß der Gesetzgeber, wenn er nicht eine Legaldefinition gibt, zulassen, daß er in dem allgemeinen Sinne verstanden wird".

Erweiterung des Anwendungsgebietes der für Kartelle gegebenen Koalitionsnormen auf wirkungsverwandte wirtschaftliche Bindungen aus dem Charakter der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen als dem eines Ausnahmegesetzes gegenüber den Artikeln 152 und 159 der Reichsverfassung, angesichts dessen eine Ausdehnung des Anwendungsgebietes des Gesetzes im Wege der Analogie unterbleiben muß. Die einzelnen Differenzierungen und Abgrenzungen freilich, die hier vorzunehmen sind, fallen aus dem Rahmen dieser Arbeit hinaus. Bei dem Versuch den Kartellbegriff im Sinne der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen zu entwickeln genügt es an der Hand des Gesetzes festzustellen, welche Koalitionen positiv nach dem Wortlaut des § 1 KartVO. unter das Gesetz fallen, während eine Erörterung nach der negativen Seite hin, d. h. eine Beantwortung der Frage, welche wirtschaftlichen Kräftezusammenfassungen nicht in den Kartellbegriff einzubeziehen sind, unterbleiben kann. In dieser Hinsicht sei auf die eingehenden Untersuchungen bei Lehnich-Fischer „Das Kartellgesetz" S. 82 ff. und bei Friedländer „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 50 ff. verwiesen!

aa) Ist somit auf der wirtschaftlichen Seite des Kartellbegriffes nach der Verordnung im Hinblick auf den allgemeinen Inhalt und die Einteilung der Kartellbindungen keine Abweichung von dem Kartellbegriff nach Liefmann zu verzeichnen, so darf doch im besonderen eine wesentliche Erweiterung des bisherigen Begriffes darin gesehen werden, daß — wenn auch nicht ausdrücklich ausgesprochen, so doch in der allgemeinen Bezeichnung des möglichen Inhalts der Kartellverträge implizite enthalten — auf das Merkmal der Gleichartigkeit der sich an der Koalition beteiligenden Unternehmungen verzichtet wird. Darin allerdings eine spezifische Neuerung der KartVO. sehen zu wollen, ist nicht angängig. Vielmehr stellt umgekehrt dieses Postulat eine spezielle Eigentümlichkeit der Definition Liefmanns dar, die keineswegs von allen älteren Bestimmungen des Kartellbegriffs geteilt wurde. Staub z. B. bestimmt im Exkurs zu § 346 HGB. IV A das Kartell als „eine Vereinigung selbständiger Unternehmer zum Zweck der Bestimmung der Preisbildung der von ihnen hergestellten oder vertriebenen Waren auf dem Vertragsweg". Bei den Enquete-Verhandlungen im deutschen Reichsamt des Innern wurde als grundlegende Begriffsbestimmung des Kartells angesehen „eine Vereinigung von selbständigen Unternehmern, welche den Zweck verfolgen, auf der Grundlage eines privatwirtschaftlichen Vertrages eine Einwirkung auf die Preise der von ihnen hergestellten oder vertriebenen Erzeugnisse auszuüben, wobei gleichgültig ist, ob die Einwirkung durch besondere Preisvereinbarungen oder durch Gebiets-, Produktions- oder Gewinnkartellierungen erreicht werden soll." Diese Definitionen, denen noch mehr hinzugefügt werden könnten, ver-

zichten auf die „Gleichartigkeit". Bezüglich der Regelung in der Verordnung vertreten den gleichen Standpunkt Lehnich-Fischer, „Das Kartellgesetz" S. 194 und Friedländer „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 59. Beide Autoren erachten nicht nur Verschiedenheit der Produkte, sondern auch Verschiedenheit der Produktionsstufen innerhalb der kartellierten Unternehmungen für zulässig. Als ein Beispiel für ein Kartell mit verschieden produzierenden Unternehmungen kann das von Bonikowsky „Der Einfluß der Kartelle auf den Handel in Deutschland" S. 160 genannte „Markenartikelkartell" angeführt werden. Als Beispiel eines mehrstufigen Kartells erwähnt Friedländer die „Rohag" GmbH. — ein Händler-Fabrikantenkartell.

bb) Eine weitere und in ihren Folgen höchst bedeutsame Abweichung des Kartellbegriffs nach der Verordnung auf der wirtschaftlichen Seite sieht Friedländer „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 58 im besonderen darin, daß die Verordnung die dem Kartellbegriff bisher immanente Dauer, „das Moment der Regelmäßigkeit, der relativen Langfristigkeit" fallen ließ. Friedländer zieht selbst die Konsequenzen dieser Ansicht, indem er ausführt, daß dieserhalb auch „Vereinigungen, die nur zu bestimmten Zwecken von vornherein auf kurze Dauer berechnet sind, die sog. Ringe (Corners) und die Submissionsvereinigungen" unter den Kartellbegriff der Verordnung fallen. Diesem Standpunkt ist auch das Kartellgericht in seinem Beschluß vom 12. September 1924 — den Ring Groß-Berliner Asphaltfirmen betreffend — beigetreten, indem es diesen Vertrag, durch den sich 14 mit der Herstellung und Instandhaltung von Asphaltstraßen beschäftigte Firmen „zum Zwecke der Gewährung gegenseitigen Schutzes bei der Abgabe von Preisen und der Erhaltung des Auftragsbestandes bezüglich der Unterhaltung von Asphaltstraßen" vereinigt hatten, dahin analysierte: „Das Abkommen ist ein Kartell(!)vertrag im Sinne des § 1 der Kartellverordnung". Unzweifelhaft handelt es sich in diesem Fall nicht um ein Kartell im Sinne Liefmanns, sondern um einen Ring; vgl. zu dieser Entscheidung des Kartellgerichts: Wittgensteiner in der Abendausgabe des „Berl. Tagbl." vom 3. November 1924: „Aus der Rechtsprechung des Kartellgerichts". Unstreitig ist durch diese Erweiterung des Kartellbegriffes eine wirksame Kontrolle gerade derjenigen wirtschaftlichen Koalitionen ermöglicht worden, die nur allzu häufig mangels jeglicher Rücksicht auf „Gemeinwohl und Gesamtwirtschaft" von jeher eine besondere Gefahr gesunder wirtschaftlicher Entwickelung bedeuteten. In der Einbeziehung der Ringe in den Kartellbegriff nach der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen darf — umgekehrt wie bei dem Trust und der Interessengemeinschaft usw., die bekanntlich nicht von dem § 1 KartVO. erfaßt werden —, die Beseitigung einer von der älteren Kartellwissenschaft (vgl. z. B. Schoenlank

„Die Kartelle" S. 516) gezogenen und von der modernen (vgl. z. B. Vogelstein im Grundriß der Sozialökonomik Bd. VI) beibehaltenen Grenze durch den Gesetzgeber gesehen werden.

cc) Festzuhalten dagegen ist, auch für den Kartellbegriff nach der Verordnung, das Merkmal der monopolistischen Tendenz als der charakteristische Zug des ganzen Kartellwesens und jeder Kartellpolitik seit alters her. Isay hat zwar in den „Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht" S. 14 ff. in dieser Bezeichnung der Kartelltendenz eine „Verschleierung" sehen zu müssen geglaubt, welche dadurch bewirkt werde, daß damit „als Hauptmerkmal des Kartells ein Mittel statt des Endzwecks genannt ist" und empfiehlt an die Stelle des Strebens nach monopolistischer Beherrschung des Marktes im Sinne Liefmanns das „Streben nach rationellerer Gestaltung der Erwerbsbedingungen der Mitglieder" zu setzen. Indessen dürfte dieser Vorschlag als zu weitgehend abzulehnen sein. Richtig ist dabei, daß der Endzweck eines Kartells — wie auch einer jeden Einzelwirtschaft — die Mehrung des Gewinns ist, dem gegenüber die rationellere Gestaltung der Erwerbsbedingungen nur ein Hendiadyoin darstellt. Jedoch läßt sich dieses Endziel nicht an die Stelle des Strebens nach der monopolistischen Beherrschung des Marktes in der Kartelldefinition setzen, ohne dadurch den Kartellbegriff zugleich blaß und schemenhaft zu machen, indem man gerade das Element wegnimmt, das sein besonderes Charakteristikum gegenüber anderen wirtschaftlichen Vereinigungen ausmacht. „Die Erwerbsbedingungen der Mitglieder rationeller gestalten" will auch die Genossenschaft, wie überhaupt jeder vernünftig denkende und ordentlich wirtschaftende Unternehmer für sich allein oder im Rahmen seiner Koalition danach trachten wird, seine Erwerbsbedingungen auf die denkbar günstigste Grundlage zu stellen. Die Art und Weise aber, auf die dieses Ziel erreicht werden soll, das in den einzelnen Fällen verschiedene Mittel, bildet jeweils das trennende Merkmal. Gerade der Weg der Einschränkung des freien Wettbewerbes, der Verständigung über die Konkurrenz, den das Kartell beschreitet um das allgemeine Ziel zu erreichen, macht seine Eigenart aus, bestimmt seinen besonderen Charakter und gibt ihm die spezielle Note. Deshalb kann gegenüber Liefmann, der in der richtigen Erkenntnis dieses Sachverhalts das trennende „Mittel" an Stelle des gemeinsamen „Zweckes" in die Begriffsbestimmung aufnahm, schwerlich von einer „Verschleierung" gesprochen werden. Daß zu einer solchen Abänderung der Definition Liefmanns auch die „Fertigungskartelle" nicht zwingen, wurde bereits oben (S. 11 f.) betont. Auch nach der Verordnung vom 2. November 1923 bleibt die monopolistische Tendenz der Kartelle die „differentia specifica" gegenüber anderen wirtschaftlichen Vereinigungen; vgl. auch Pesl: „Das Kartellaufsichtsgesetz und das Kartellgericht" in LZ. 24, 660 und 667; Friedländer: „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 60;

Lehnich-Fischer: „Das Kartellgesetz“ S. 192; dagegen Isay in Isay-Tschierschky „Kartellverordnung“ Anm. 5 zu § 1 S. 125.

2. Sind damit die allgemeinen und besonderen Eigentümlichkeiten der Kartellbindung nach der Verordnung vom 2. November 1923 auf der materiellen, inhaltlichen Seite ermittelt, so bleibt noch die Erörterung der formellen Seite dieser Bindung übrig, womit zugleich von einem naturgemäß vorwiegend wirtschaftlichen Fragenkomplex auf juristisches Gebiet zurückgekehrt wird. Nach der Untersuchung des Inhalts der von Liefmann rein wirtschaftlich gedachten „Vereinbarung“ — ein Begriff, der sowohl die rechtliche Organisation als auch die „wirtschaftliche“ Koalition zu umspannen vermochte — und der vergleichsweisen Gegenüberstellung des mit Liefmann teils harmonierenden, teils kontrastierenden Inhalts der neu geschaffenen „Verträge und Beschlüsse“ im Sinne des § 1 der Verordnung sind die dafür gegebenen Bestimmungen, die Koalitions-„Normen“ näher zu erörtern.

aa) Dabei ist zunächst zu erwägen, daß die in Frage kommenden Verträge und Beschlüsse „Verpflichtungen“ enthalten müssen, d. h. rechtsverbindliche, einklagbare Rechte und Pflichten des oben bezeichneten Inhalts zu begründen haben. Mangels besonderer Bestimmung ist diesem Erfordernis nach den allgemeinen Grundsätzen des privaten und öffentlichen Rechts zu genügen. Die dafür maßgebenden Gesichtspunkte hat die Rechtsprechung unserer obersten Gerichte in langer Entwicklung auf durchweg induktiver Basis allmählich gestaltet und dadurch ein „ungeschriebenes Kartellrecht“ geschaffen, das durch die Verordnung vom 2. November 1923 keineswegs beseitigt wurde, wenngleich auch diese Verordnung „die Rechtsbeziehungen, die sie zur Durchführung ihrer Zwecke für erforderlich hielt, aus diesem kunstvoll gestalteten System des ungeschriebenen Kartellrechts herausgegriffen hat, nicht schöpferisch, auch nicht ängstlich tastend, sondern derb zufassend“ (so in extenso Lucas in DJZ. 1925, 38).

Als für die Ermittelung des Kartellbegriffs nach der Verordnung wesentlich ergibt sich aus diesem Erfordernis der Begründung von „Verpflichtungen“, daß nunmehr die sich auf bloßen Empfehlungen aufbauenden bzw. bloße „naturales obligationes“ schaffenden Vereinigungen — sollten sie auch noch so sehr Kartelle im wirtschaftlichen Sinn darstellen — nicht mehr als Kartelle im juristischen Sinn zu werten sind. Die für den eigentlichen Kartellteil der Verordnung vom 2. November 1923, d. h. in den §§ 1—9 gegebenen Vorschriften entfallen demgemäß für solche Vereinigungen welche sich auf das „Meldesystem“ beschränken und die amerikanische Erfindung der „openprice-Verbände“ in die deutsche Wirtschaft übertragen (vgl. Notz in K.R. 1922 S. 123 ff.; Tschierschky im Weltwirtsch. Archiv Bd. 18 S. 150; Ders.,

„Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht" S. 38 f.; Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 61; Lehnich-Fischer, „Das Kartellgesetz" S. 191; Blum, „Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts" S. 19). Die ratio legis dieser besonderen Behandlung der „unverbindlichen Kartelle", die im Gegensatz steht zu der Anschauung der amerikanischen Gerichte und der „Federal Trade Commission", welche auch die openprice-Verbände dem Kartellbegriff im Zuge der Sherman Akte subsumieren, dürfte die allerdings nicht unbestrittene Ansicht sein, daß eine besondere Veranlassung Mitglieder dieser Art von Kartellen des spezifischen Rechtsschutzes der Verordnung gegen den inneren Organisationszwang teilhaftig werden zu lassen, nicht besteht — volenti non fit injuria! —, während gegen den äußeren Organisationszwang derartiger Verbände der § 10 KartVO., der auch diese „unverbindlichen" Kartelle erfaßt, genügend Schutz gegen etwaige Auswüchse bietet.

bb) Der alten Forderung des Registerzwanges für die Kartelle hat die KartVO. trotz der großen Rolle, die dieses Verlangen in ihrer Vorgeschichte gespielt hat, nicht entsprochen. Ein gewisses Entgegenkommen gegenüber dem historischen Ruf nach dem Kartellregister darf jedoch in der durch die §§ 1 und 21 KartVO. für die Kartellbindung bestimmten Schriftform gesehen werden. In Ermangelung besonderer Vorschriften ist diesem Formerfordernis Rechnung zu tragen nach den in § 126 BGB. allgemein bestimmten Grundsätzen für die durch Gesetz vorgeschriebene Schriftform, vgl. die Entscheidung des Kartellgerichts (= KG.) 147/24 vom 14. April 1924.*) Insoweit es sich um vertragliche Festlegung der Kartellbindung handelt, ergeben sich demzufolge keine weiteren Schwierigkeiten. Wohl aber können solche dann entstehen, wenn es sich um eine in Form von Beschlüssen in Erscheinung tretende Koalition dreht. Hierzu vgl. Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 67; Lehnich-Fischer, „Das Kartellgesetz" S. 198; Goldbaum, „Die Kartellverordnung vom 2. November 1923" S. 30 ff.; Blum, „Grundzüge des neuen Kartellrechts" S. 55; Isay, „Die Rechtsgrundsätze der Kartellverordnung" in K. R. 1923 S. 242; Stein, „Die Schriftnotwendigkeit von Kartellverträgen" in K. R. 1924 S. 141; Breslauer, „Kündigung eines wegen Formmangels nichtigen Kartellvertrages" in K. R. 1924 S. 309. Für die Festlegung des Kartellbegriffes nach der Verordnung muß unter Beiseitelassen der

---

*) Diese Ansicht kann nach den überzeugenden Ausführungen Isays in Isay-Tschierschky „Kartellverordnung" Anm. 22 zu § 1, S. 142 nicht aufrecht erhalten werden. Auch das Kartellgericht hat sich — entgegen der im Text benannten Entscheidung — dahin ausgesprochen, „daß die im § 126 BGB. geforderten strengen Vorschriften nicht notwendig gewahrt sein müssen". Vgl. KGS. (= Sammlung von Entscheidungen und Gutachten des Kartellgerichts, herausgegeben von der Kartellstelle des Reichsverbandes der Deutschen Industrie) 56.

sich an diese Bestimmung des Gesetzes im einzelnen knüpfenden Fragen die Feststellung genügen, daß neben die erste Koalitionsnorm, welche die Verbindlichkeit der Kartellverträge und Kartellbeschlüsse fordert, als zweite Norm die Bestimmung der Schriftform für jede Kartellbindung tritt.

cc) Vertrat das Reichsgericht, wenn auch nicht speziell auf dem Gebiet des Kartellrechts, schon bisher den Standpunkt, daß eine Verquickung wirtschaftlicher Fragen mit dem Begriff der persönlichen Ehre des Einzelnen wider die guten Sitten verstoße — „weil schon der Umstand, daß die Förderung der Geldinteressen einen wesentlichen Vertragszweck bildet, eine ehrenwörtliche Bindung an die Vertragspflichten unzulässig macht; eine Verpfändung des Ehrenwortes um Geldinteressen willen grundsätzlich für unzulässig zu erachten ist" — und daher nichtig sei (vgl. RG. 68, 229; 74, 332; 78, 258; 82, 222), so hat die Verordnung vom 2. November 1923 durch positive Vorschrift in § 2 „das Ehrenwort oder eine ähnliche feierliche Erklärung" bei Meidung unbedingter Nichtigkeit aus dem Bannkreis der von ihr erfaßten wirtschaftlichen Koalitionen verwiesen.

dd) Endlich gesellt sich zu diesen bisher genannten Koalitionsnormen die weitere Bestimmung, daß jede Kartellbindung darauf Bedacht zu nehmen hat, den einzelnen Mitgliedern die Anrufung des Kartellgerichts — etwa gemäß den §§ 8 und 9 oder gemäß den §§ 4 und 10 mit 12 Abs. 3 (zu letzterem vgl. Friedländer, „Das Kartellaufsichtsgesetz" S. 199 f.; Lehnich-Fischer, „Das Kartellgesetz" S. 259 f.; Wertheimer, „Der Rücktritt von Verträgen wegen Schädigung allgemein-wirtschaftlicher Interessen" in LZ. 1924 Sp. 693 f. A. A. Isay, „Die Rechtsgrundsätze der Kartellverordnung" in K. R. 1923 S. 252) — zu ermöglichen bzw. nicht unbillig zu erschweren und die Auswirkung der Verordnung zu gestatten. § 3. Während aber ein Verstoß der Kartellbindung gegen die bisher behandelten Normen die Nichtigkeit der ganzen Koalition zur Folge hat, geht in dem Falle des § 3 KartVO. die herrschende Meinung dahin, daß hier lediglich die normwidrige Bestimmung der Koalition der Nichtigkeit verfällt, während die Frage nach dem Fortbestand des verbleibenden Koalitionstorsos nach § 139 BGB. zu entscheiden ist (vgl. Friedländer, a. a. O. S. 70; Lehnich-Fischer, a. a. O. S. 203; Isay, a. a. O. S. 243; Jacusiel, „Ein Jahr Kartellgericht" in LZ. 1924 Sp. 673 f.; Pesl, Kartellgesetz und das Kartellgericht" ebenda Sp. 663; Blum, „Die Grundzüge des neuen deutschen Kartellrechts" S. 48; Isay-Tschierschky, „Kartellverordnung" Anm. 2 zu § 3 S. 153).

II. Der neue Kartellbegriff.

Damit ist die oben aufgeworfene Frage nach dem Kartellbegriff im Sinne der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaft-

licher Machtstellungen beantwortet, die Definition **Liefmanns** insoweit erweitert bzw. eingeschränkt, als das Gesetz es erfordert. Stellen wir die einzelnen Merkmale des neuen Kartellbegriffes im Sinne der Verordnung zusammen, so erscheint die Kartellbindung nunmehr als „**ein freier Vertrag oder Beschluß, welcher zwischen selbständig bleibenden Unternehmern zwecks monopolistischer Beherrschung des Marktes Verpflichtungen begründet, schriftlich fixiert, weder ehrenwörtlich oder ähnlich feierlich bekräftigt ist, noch die Auswirkung der Verordnung vereitelt.**"

Das Kartell als „dauerndes Schuldverhältnis".

§ 3

Die Besonderheit der dauernden Schuldverhältnisse bewährt sich in der Art ihrer Beendigung. (Otto von Gierke)

A. Der Begriff des „dauernden Schuldverhältnisses".

Seit Otto v. Gierke in **Iherings** J. 64, 355 ff. neben die bis dahin üblichen Einteilungen der Schuldverhältnisse in Einzelgruppen und Einzeltypen die Dauer als trennendes Merkmal setzte und zwischen „vorübergehenden" und „dauernden" Schuldverhältnissen unterschied, hat diese Gliederung nicht nur den Beifall weiter Kreise in der Rechtswissenschaft gefunden, sondern auch ihre Bedeutung für Rechtsentwicklung und Rechtsanwendung erwiesen. Dieser günstige Erfolg, der dem Versuch, das Moment der Zeit im Schuldrecht in den Vordergrund zu rücken beschieden war, hat seinen Grund einmal in der Häufigkeit, mit der solche dauernden Schuldverhältnisse in Erscheinung treten, und zum anderen in der Wichtigkeit, die diesen dauernden Schuldverhältnissen zumeist innewohnt. Letztere wieder kann sich ergeben als natürliche Wirkung der bloßen Dauer des Schuldverhältnisses oder aber aus der aus dieser Dauer resultierenden Bestandsgarantie. Das dauernde Schuldverhältnis hat — m. a. W. — besondere Bedeutung deshalb, weil es „dauert", d. h. eine Bindung nicht nur vorübergehender Art erzeugt und weil es auf Grund dieser Kontinuität vornehmlich dann verwendet wird, wenn schwerwiegende rechtliche Bindungen geschaffen, große wirtschaftliche Interessen geregelt werden sollen, bei denen die Gewißheit ein nicht nur vorübergehendes Schuldverhältnis zu schaffen nicht selten einen wesentlichen Bestandteil der Bindung überhaupt bildet, so daß — wenn sich etwa dieses Vertrauen auf die Langfristigkeit der Bindung aus irgendwelchen Gründen als irrig erweisen sollte, nicht nur die zeitliche Geltung, sondern das Schuldverhältnis überhaupt der Nichtigkeit verfallen müßte. Vgl. zu

dieser Darstellung der Wechselwirkung zwischen Bindung und Dauer beim dauernden Schuldverhältnis RG. 78, 298 und RG. 87, 215.

Offenbart sich also die Bedeutung des dauernden Schuldverhältnisses in seiner Stabilität, so bildet diese auch sein kennzeichnendes Merkmal und seinen begrifflichen Gegensatz zum bloß „vorübergehenden“, nicht auf die Dauer berechneten Schuldverhältnis. Die Definition des dauernden Schuldverhältnisses wird daher auf die einfachste Weise gewonnen, indem lediglich innerhalb des allgemeinen Begriffes des Schuldverhältnisses, das von kürzerer oder längerer Dauer sein kann, durch besondere Betonung der Bindung auf Zeit das Merkmal der Dauer hervorgehoben und damit zugleich die Grenze gegen das „vorübergehende“ Schuldverhältnis gezogen wird. „Schuldverhältnis“ bleibt auch die auf Zeit lautende obligatorische Bindung, wenngleich auch — wie Gierke a. a. O. S. 406 ff. mit Recht als die besondere eigenartige Funktion der dauernden Schuldverhältnisse betont — „durch sie das Schuldrecht die Fähigkeit gewinnt, die Herrschaft über Lebensgüter nicht nur zu vermitteln, sondern unmittelbar zu verwirklichen“ und auf diese Weise in den Stand gesetzt wird, „die Brücke zum Sachenrecht und insbesondere zum Personenrecht zu schlagen, wie auch umgekehrt die aus ständigen sachenrechtlichen oder personenrechtlichen Verbindungen entspringenden konstanten Verpflichtungen als dauernde Schuldverhältnisse in das Schuldrecht aufgenommen werden können“ — ein Gedanke, der sich in anderer Form und auf die für das Kartellrecht besonders bedeutsame „Gesellschaft“ bezogen bei Gierke a. a. O. S. 409 wiederfindet und von Silberschmidt, „Beteiligung und Teilhaberschaft“ S. 130 und der dort angeführten Schrift von Schreiber, „Gemischte Verträge im Reichsschuldrecht“ in Jherings J. 60, 190 bestätigt wird. Ein dauerndes Schuldverhältnis ist somit dann gegeben, wenn den Inhalt des Schuldverhältnisses eine Bindung auf Zeit bildet, sei es, daß diese der Obligation immanent ist — „Dauerschuld-Verhältnis“ — sei es, daß die Parteien „kraft der Vertragsfreiheit ein Schuldverhältnis dessen typische Regelung auf eine vorübergehende Leistungspflicht berechnet ist, so ausgestalten, daß es eine auf wiederkehrende Einzelleistungen gerichtete, dauernde Leistungspflicht begründet“ (Gierke a. a. O. S. 361) — „dauerndes Schuldverhältnis i. e. S.“ —

B. Das Kartell als „Dauerschuld“-Verhältnis.

Stieß diese von Gierke aufgezeigte, wenn auch nicht so pointiert ausgesprochene, doppelte Erscheinungsform des dauernden Schuldverhältnisses in bezug auf das „dauernde“ Schuldverhältnis i. e. S. auf Widerspruch, wurde insbesondere der von Gierke hier-

für als Beispiel angeführte Sukzessivlieferungsvertrag, ebenso wie der bayerische Bierlieferungsvertrag, gegenteilig als einheitlicher Kaufvertrag und somit als „einmaliges Umsatzgeschäft und als solches nicht als Dauergeschäft" aufgefaßt — vgl. Silberschmidt, „Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse" in BayZ. 1916, 369 ff., so fand — wie bereits einleitend erwähnt — das „Dauerschuld"-Verhältnis weitgehende Zustimmung. In der Tat kann an der besonderen Natur der „Dauerschuld"-Verhältnisse, namentlich der tief in das Personenrecht hinübergreifenden Dienst- und Gesellschaftsverträge, nicht gezweifelt werden. „Die wahre Heimat des durch den obligatorischen Schuldvertrag begründeten Gesellschaftsverhältnisses im Personenrecht" (Gierke a. a. O. S. 410; vgl. S. 399, 404) verlangt auf Grund der hier gegebenen besonderen Eigenschaften der Dauer und des gegenseitigen Vertrauens eine von dem allgemeinen Schuldrecht in gewisser Hinsicht abweichende Behandlung.

Die gleiche Forderung erheben die Kartelle, denn auch sie sind „Gesellschaften im weitesten Sinn", auch sie binden ihre Mitglieder auf Zeit und gründen sich auf das Vertrauen der Beteiligten, daß die mehr oder minder freiwillige Aufgabe bestimmter Individualinteressen zugunsten des gleichen oder gemeinsamen Zweckes innegehalten wird. Sie sind nach Cosack, „Lehrbuch des Handelsrechts" § 254 S. 568 gegeben, wenn „mehrere Gewerbetreibende sich in ihren Betrieben, ohne deren Selbständigkeit völlig preiszugeben, gegenseitig durch Verträge auf (bestimmte oder unbestimmte) Zeit Beschränkungen auferlegen, um damit den Wettbewerb untereinander und tunlichst auch den Wettbewerb Dritter zu bekämpfen"; sie sind nach Silberschmidt, „Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis" (ZHR. 79, 472) „Verknüpfungen von wirtschaftlichen Beziehungen für längere Zeit"; sie sind nach Gierke (a. a. O. S. 403) „ausgeprägte Typen dauernder Schuldverträge".

Die Kartelle sind „Dauerschuld"-Verhältnisse nach älterem und neuerem Kartellrecht. Ein Zweifel an dieser Eigenschaft der Kartelle kann sich nach dem dieser Untersuchung zugrunde liegenden und im vorherigen Paragraphen entwickelten Kartellbegriff i. S. der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen allerdings daraus ergeben, daß — wie oben (S. 17) betont — „die Verordnung, die dem Kartellbegriff bisher immanente Dauer, das Moment der Regelmäßigkeit und relativen Langfristigkeit fallen ließ", daß dieserhalb auch Vereinigungen, die nur auf kurze Dauer berechnet sind (corners) unter den Kartellbegriff der Verordnung zu subsumieren sind. Diesem Bedenken ist jedoch zu begegnen mit der Erwägung, daß ein und dasselbe Wort, je nach der wissenschaftlichen Disziplin, in der es Verwendung findet, verschiedene Bedeutung haben kann, daß insbesondere die Mathematik, das Recht und die Wirtschaft mit ganz verschiedenen Maßen messen. Wenn Gierke a. a. O. S. 365

Nr. 10 ausführt, daß die Rechtswissenschaft im Gegensatz zur Mathematik und ihrer Rechnung mit unendlich kleinen Zeitteilchen nur mit den im Rechtsleben als meßbar anerkannten und für die vom Recht geordneten Lebensverhältnisse erheblichen Zeitgrößen rechnen darf, so gilt es eine ähnliche Unterscheidung festzuhalten zwischen der juristischen und der wirtschaftlichen Zeitrechnung und Zeitbewertung. Juristisch kann ein Zustand bereits als „dauernder“ behandelt werden, der wirtschaftlich nur als „vorübergehender“ bezeichnet wird. Nach Gierke a. a. O. S. 394 f. besteht bei der Miete eines Pferdes für einen Spazierritt, eines Opernglases für eine Vorstellung, eines Sitzplatzes auf einer Tribüne für einen Festzug, eines Saales für ein Konzert oder ein Gastmahl „die Leistung des Vermieters nur in einer Überlassung zu vorübergehendem Gebrauch und die Gegenleistung des Mieters in einer einmaligen Geldzahlung“. Diese Leistung und Gegenleistung aber sind die Vorgänge, die wirtschaftlich bewertet werden, weshalb die Wirtschaft in allen diesen Fällen von nur „vorübergehendem“ Austausch von Gütern spricht. Gleichwohl — sagt Gierke — bleibt der Vertrag in allen Fällen ein „dauernder“ Schuldvertrag, denn immerhin ist es ein — wenn auch noch so kurzer — Zeitraum, während dessen der Vermieter den Gebrauch zu gewähren, der Mieter vertragswidrigen Gebrauch zu unterlassen hat.“ Der Jurist sieht also „Dauer“, wo der Wirtschaftler nur „Verkehr, Güterverschiebung, Güterbewegung“ findet. Diese Doppelseitigkeit juristischer und wirtschaftlicher Betrachtungsweise, dieser je nach Rechtserheblichkeit oder Wirtschaftserheblichkeit verschiedene Maßstab, mit dem die Dauer eines Zustandes gemessen wird, erklärt, weshalb auch ein „vorübergehendes“ Kartell, ein Ring (corner, pool) ein „Dauerschuldverhältnis“ darstellt, wobei ganz außer Betracht bleiben kann, daß auch wirtschaftlich den bloß spekulativen Vereinigungen zum Zwecke der Ausnützung der Konjunktur die Tendenz innewohnt zu „dauern“ — so lang, als staatliche Intervention, Selbsthilfe der Betroffenen und das Gesetz von der Ausgleichung der Gewinnste es gestatten.

C. Die Beendigung des dauernden Schuldverhältnisses.

Die Unterordnung des Kartellbegriffs unter den umfassenden Begriff des dauernden Schuldverhältnisses ist in mehr als einer Hinsicht geeignet die Beurteilung rechtserheblicher Vorgänge innerhalb der Kartelle zu fördern und die Lösung einer ganzen Reihe von Kartellrechtsfragen wesentlich zu erleichtern. Der Grund hierfür liegt in der Tatsache, daß ebenso, wie das BGB. in den ersten 6 Abschnitten des II. Buches der Regelung der einzelnen Schuldrechtstypen im 7. Abschnitt die „Allgemeinen Lehren“ als einheitliche Grundlage voranstellt, der weite Rahmen des „dauernden

Schuldverhältnisses" die Grundsätze enthält, die mangels spezieller Gesetzesvorschrift bei der Beurteilung jedes einzelnen auf die Dauer berechneten Schuldverhältnisses zur Anwendung zu bringen sind. Im besonderen ist es die Frage der Lösung und namentlich der vorzeitigen Lösung der in den verschiedenartigsten Organisationsformen auftretenden, für die Dauer eingegangenen Kartellbindung, für die aus dem übergeordneten „nächsthöheren Rechtsverhältnis, dem auf die Dauer berechneten Schuldverhältnis" (Silberschmidt, „Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis" ZHR. 79 S. 473) allgemeine Grundsätze abzuleiten sind — eine Erscheinung, die sowohl von Gierke a. a. O. S. 378 als auch von Silberschmidt a. a. O. S. 472 hervorgehoben wird.

Wenngleich es nicht Aufgabe dieser Arbeit sein kann, die verschiedenen Arten und Formen der Beendigung des dauernden Schuldverhältnisses im einzelnen zu erörtern, so erfordert doch die Behandlung der rechtlichen Seite des bisher unter dem allgemeinen Titel „Rücktritt vom Kartell" zunächst rein wirtschaftlich betrachteten Vorgangs der Lösung eines Kartellmitgliedes aus seinem Kartellverband einen kurzen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten ein dauerndes Schuldverhältnis zu beenden bzw. sich aus einem solchen zur Zeit oder vor der Zeit zu lösen. Eine solche Rundschau über die vom Gesetz zur Verfügung gestellten Mittel um aus der Bindung in die Freiheit zu gelangen trennt und verbindet. Sie trennt, insofern sie den gegebenen Tatbestand scharf von anderen und ähnlichen unterscheiden und ihn unter die speziell für ihn gegebene Rechtsform subsumieren lehrt. Sie verbindet, insofern sie die Stellung der hier in Frage kommenden rechtlichen Struktur der Lösung innerhalb des Systems der mannigfachen Möglichkeiten der Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses aufzeigt und daran erinnert, daß unter Umständen derselbe wirtschaftliche Erfolg auf die eine oder andere Weise erreicht werden, daß eine Form der Lösung mit der anderen konkurrieren kann. Damit schlägt die Betrachtung des Systems der Lösungen aus einem dauernden Schuldverhältnis die Brücke vom allgemeinen zum besonderen Fall.

I. Die normale Beendigung durch Zeitablauf.

Das dauernde Schuldverhältnis setzt sich — wie bereits mehrfach angedeutet — zusammen aus „Dauer" und „Obligation". Aus diesen beiden Elementen wächst es harmonisch empor wie — bildhaft gesprochen — ein Stamm aus einer Doppelwurzel. Und wie bei seiner Entstehung erweist es auch bei seiner Beendigung seinen eigenartigen Charakter als Synthese zweier grundverschiedener Begriffe eines zeitlichen und eines juristischen. Wenn — um im obigen Bild zu bleiben — der Stamm in die Krone übergeht, trennt sich aufs neue der Ast der Dauer von dem Ast der Obligation. Diese merkwürdige Erscheinung des Auseinanderfallens der einzelnen

Teile des dauernden Schuldverhältnisses im Beendigungsstadium macht sich auch rein sprachlich bemerkbar. Korrekt gesprochen, kann ein dauerndes Schuldverhältnis weder „enden" noch „erlöschen", sondern die „Dauer" endet und die „Schuld" erlischt. Normalerweise endet die Dauer durch Zeitablauf; regelmäßig erlischt die Schuld durch Erfüllung und wiederum normalerweise ist die Schuld durch Erfüllung erloschen, wenn die Dauer durch Zeitablauf beendet ist.

Schwierigkeiten aber ergeben sich, wenn das Ende der Dauer durch Zeitablauf und das Erlöschen der Schuld durch Erfüllung nicht synchronistisch, sondern metachronistisch erfolgen. In diesen Fällen ist zweckmäßig von der Erwägung auszugehen, daß die beiden Elemente des dauernden Schuldverhältnisses durchaus verschiedene rechtliche Bedeutung haben. Während ein Schuldverhältnis — auch ohne Dauer — ein rechtlich bedeutsames und rechtlich geregeltes Lebensverhältnis — d. h. ein Rechtsverhältnis — bleibt, ist die Dauer an und für sich ohne rechtliche Bedeutung. In das Rechtsleben tritt sie erst dadurch ein, daß sie zu einer rechtswirksamen Tatsache in Beziehung tritt, z. B. § 121 BGB. (Befristung): Anfechtungsrecht und Dauer; § 194 BGB. (Verjährung): Nichtausübung eines entstandenen und fälligen Anspruchs und Dauer; § 937 BGB. (Ersitzung): Besitz und Dauer; § 7 PatG. (Dauer des Patentschutzes): Patent und Dauer; § 24 Abs. IV PreßG. (Erlöschen der Beschlagnahme von Druckschriften): Nichtzugang des die Beschlagnahme betätigenden Gerichtsbeschlusses und Dauer.

Für die Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses ergibt sich daraus die wichtige Folgerung, daß zwar

a) das Schuldverhältnis fortbestehen kann, auch wenn die Dauer durch Zeitablauf beendet ist, z. B. wenn ein für 5 Jahre eingegangenes Kartell nach Ablauf der 5 Jahre endet, können Ersatzansprüche wegen nicht gehöriger Erfüllung der übernommenen Kartellpflichten fortbestehen (vgl. Krückmann in IheringsJ. 66, 1 und 3 und 10), umgekehrt aber

b) die bloße Dauer rechtlich irrelevant wird, wenn die Schuld durch Erfüllung erloschen ist, z. B. für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts findet sich dieser Gedanke authentisch ausgesprochen in § 726 BGB. Danach „endigt" die Gesellschaft, wenn der vereinbarte Zweck erreicht ist, d. h. wenn die schuldrechtliche Seite der Gesellschaft erlischt, findet auch die zeitliche ihr Ende, mag dies ipso jure geschehen oder an besondere formelle Voraussetzungen geknüpft sein (vgl. §§ 131, 133 HGB.).

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß sich mit Gierke der Satz: „Das gemeinsame Merkmal der dauernden Schuldverhältnisse ist, daß sie durch Erfüllung nicht erlöschen; ihr normaler Beendigungsgrund ist Zeitablauf" (a. a. O. S. 363, 378) nur im Hinblick auf die Dauer, d. h. nur im Hinblick auf das eine

Element des dauernden Schuldverhältnisses, vertreten läßt und auch dieses nur insoweit, als nicht die Dauer durch vorzeitiges Erlöschen der Schuld durch Erfüllung rechtlich irrelevant geworden ist (vgl. b). Einer Anwendung dieses Satzes aber auf die Obligation, d. h. auf das andere Element des dauernden Schuldverhältnisses, ist mit Silberschmidt, „Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse" BayZ. 1916 S. 373 entgegen zu halten, daß der „Zeitablauf allein ohne sonstige Leistungen wohl das Schuldverhältnis (hier i. S. von Dauerverhältnis) zu Ende führen, den Erfüllungsanspruch erlöschen lassen kann, soweit er zeitlich (!) begrenzt ist, darüber aber keine Entscheidung bringt, ob dem Erfüllungsanspruch entsprochen wurde oder nicht" (vgl. a).

II. Die mögliche Beendigung vor Zeitablauf.

Neben die normale Beendigung des dauernden Schuldverhältnisses durch — in der Regel gleichzeitiges — Erlöschen der Schuld durch Erfüllung und Ende der Dauer durch Zeitablauf treten die Fälle der vorzeitigen Beendigung auf Grund bestimmter rechtswirksamer Tatsachen oder auf Grund bestimmter Rechtsgeschäfte. Diese Fälle sind sehr zu unterscheiden von dem unter I b erwähnten Fall der ausnahmsweisen Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses durch vorzeitiges Erlöschen der Schuld und dadurch bedingte Irrelevanz der Dauer. Dort wird das Schuldverhältnis beseitigt, weil die Schuld früher durch Erfüllung erlischt, als die Dauer durch Zeitablauf endet. Hier dagegen wird das Schuldhältnis beseitigt, weil die obligatorische Bindung vor der Erfüllung der Schuld gelöst und die zeitliche Dauer vor dem Ablauf der Zeit beendigt wird.

Die Möglichkeit solcher vorzeitigen Beendigung ist das Gegenstück der Möglichkeit langdauernder Bindung. Erstere als zwingenden Bestandteil der letzteren anzusehen, ist einer der wesentlichsten ethischen Grundsätze des modernen Rechts, zugleich eine bedeutsame Einschränkung der Vertragsfreiheit. Demgegenüber erfordert der nicht minder wichtige Grundsatz „pacta sunt servanda" eine eingehende Regelung der eine vorzeitige Endigung rechtfertigenden Gründe. Im einzelnen ist zwischen nichtrechtsgeschäftlicher und rechtsgeschäftlicher Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses vor Zeitablauf zu unterscheiden.

a) Die nichtrechtsgeschäftliche Beendigung vor Zeitablauf.

Die hier in Betracht kommenden Endigungsgründe sind z. T. allgemeine, d. h. solche, die jede rechtliche Bindung ohne Rücksicht auf ihre Dauer aufzulösen pflegen, z. B. nachträgliche Unmöglichkeit, die weder Gläubiger noch Schuldner zu vertreten hat §§ 275; 323 BGB., z. T. besondere, d. h. solche, die sich speziell aus der längeren Dauer der Bindung ergeben, z. B. Auflösung auf Grund der clausula rebus sic stan-

tibus. Ein und dieselbe Tatsache kann ferner **für bestimmte Typen** dauernder Schuldverhältnisse Endigungsgrund sein, für andere dagegen nicht, z. B. der Tod eines Gesellschafters ist nach der gesetzlichen Regel gemäß §§ 727 Abs. I BGB. und 131 Ziff. 4 HGB. Auflösungsgrund für die bürgerlich-rechtliche und für die offene Handels-Gesellschaft; dagegen ist der Tod eines Kommanditisten kein Auflösungsgrund für die Kommanditgesellschaft. § 177 HGB. Gewisse dauernde Schuldverhältnisse wiederum haben besondere Endigungsgründe insofern, als eine rechtserhebliche Tatsache bei ihnen eintreten kann, welche anderen dauernden Schuldverhältnissen **fremd** ist, z. B. Gesellschaftskonkurs ist möglich und als solcher Endigungsgrund bei der offenen Handelsgesellschaft § 131 Ziff. 3 HGB. dagegen unmöglich und daher kein Endigungsgrund bei der Gesellschaft nach bürgerlichem Recht. Soweit endlich derartige Endigungsgründe bei den einzelnen Typen dauernder Schuldverhältnisse auftreten können, ist wieder zu unterscheiden, ob sie **zwingender** oder **nicht zwingender** Natur sind, z. B. der zwingende Endigungsgrund des Gesellschaftskonkurses bei der offenen Handelsgesellschaft § 131 Ziff. 3 HGB. im Gegensatz zu dem nicht zwingenden Endigungsgrund des Gesellschafterkonkurses § 131 Ziff. 5 mit 138 HGB.

Das Gemeinsame aller dieser je nach dem in Frage kommenden Schuldverhältnis und Endigungsgrund so verschiedenartig gelagerten Fälle der nichtrechtsgeschäftlichen Beendigung dauernder Schuldverhältnisse ist, daß sie **unabhängig von dem Willen der Beteiligten** das ganze Schuldverhältnis als solches beseitigen, d. h. die Dauer enden, die Schuld erlöschen lassen, ohne sich dabei aber der normalen Endigungsgründe, des Zeitablaufs und der Erfüllung, zu bedienen.

b) Die **rechtsgeschäftliche** Beendigung vor Zeitablauf.

Nicht in den vorgenannten Fällen aber, da der Gesetzgeber selbst das „bis hierher und nicht weiter“ spricht, liegt der Schwerpunkt der vorzeitigen Beendigung dauernder Schuldverhältnisse. Der einleitend erwähnte Grundsatz des modernen Rechts, der die Möglichkeit der Beseitigung dauernder Schuldverhältnisse vor dem Ende ihrer Dauer durch Zeitablauf und vor dem Erlöschen ihrer Obligation durch Erfüllung zum notwendigen Gegengewicht langdauernder Bindung macht, erschöpft sich nicht in der Erscheinung, daß Schuldverhältnisse, die durch den Eintritt unvorhergesehener Tatsachen erschüttert, vorzeitig ihre Daseinsberechtigung verloren haben, auch ohne Zutun der Parteien beseitigt werden. Seine eigentliche Bedeutung entfaltet sich vielmehr erst in den Fällen, in denen sich die Lösung der bestehenden Bindung vor Zeitablauf weder aus dem Schuldverhältnis als solchem — wie z. B. aus dem Konkurs einer o. H. G. — noch aus unmittelbar mit dem Schuldverhältnis zusammenhängenden Tatsachen — wie z. B. aus dem

Unmöglichwerden der Leistung — sondern aus dem Willen des einen oder anderen oder aller an dem Schuldverhältnis beteiligten Kontrahenten ergibt, sei es, daß dieser Wille auf der Mangelhaftigkeit des Schuldverhältnisses, sei es, daß er auf in der Person des Gegenkontrahenten oder auf in der eigenen Person gegebenen Gründen beruht. Nicht die Fälle bilden — mit anderen Worten — den Kern des Problems der Endigung eines dauernden Schuldverhältnisses vor Zeitablauf, in denen dieses aus tatsächlichen oder aus rechtlichen Gründen nicht weiter dauern kann, sondern die Fälle, in denen das Schuldverhältnis nach dem rechtsgeschäftlich entwickelten Willen der Parteien nicht weiter dauern soll. Im einzelnen ist auch hier gemäß der allgemeinen Einteilung der Rechtsgeschäfte in einseitige und mehrseitige zwischen der Beendigung durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung und der Beendigung durch einseitige rechtsgeschäftliche Willenserklärung zu unterscheiden.

1. Die vorzeitige Beendigung durch Vereinbarung.

Ebenso wie ein dauerndes Schuldverhältnis ausdrücklich oder stillschweigend (relocatio tacita bei der Miete § 568 BGB., bei der Pacht § 581 mit § 568 BGB., beim Dienstvertrag § 625 BGB., bei der Gesellschaft § 724 BGB., § 134 HGB., beim Versicherungsvertrag mit Einschränkung § 8 VVG.) durch die Parteien verlängert werden kann, wenn die Dauer, für die es ursprünglich abgeschlossen wurde, durch Zeitablauf beendet ist, kann ihm im gegenseitigen Einverständnis der Parteien auch ein vorzeitiges Ende bereitet werden. Diese Möglichkeit der Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses durch contrarius consensus ist ebenso eine Folge des Grundsatzes der Vertragsfreiheit nach der negativen Seite hin, wie umgekehrt die freie Begründung einer solchen Bindung nach der positiven.

2. Die vorzeitige Beendigung durch einseitige Willenserklärung.

So einfach und reibungslos ein dauerndes Schuldverhältnis vorzeitig durch Vereinbarung gelöst werden kann, so schwierig ist diese Lösung, wenn die Interessen der Beteiligten auseinandergehen. Demgemäß sind es gerade diese Fälle der Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses vor Zeitablauf, die — wie oben für das dauernde Schuldverhältnis im allgemeinen und in der Einleitung für die Kartelle im besonderen dargetan — an Praxis und Wissenschaft so häufig die Frage richten, was in diesem Widerstreit der Meinungen rechtens ist.

Die Mittel, die das Gesetz für eine solche auf einseitiger Willenserklärung beruhende Beseitigung eines dauernden Schuldverhältnisses vor Ende der Dauer durch Zeitablauf und vor Erlöschen der Schuld durch Erfüllung zur Verfügung stellt, sind verschieden,

je nach den Gründen, aus denen, und je nach der Wirkung, mit der die vorzeitige Beendigung erfolgen soll. Abgesehen von der Anfechtung, von der jedoch, da sie einen dem Schuldverhältnis von Anfang an anhaftenden Mangel zur Voraussetzung hat im folgenden nicht weiter gehandelt werden soll, kommen hier im besonderen Rücktritt und Kündigung in Frage.

aa) Der Rücktritt vom dauernden Schuldverhältnis.

Das Rechtsinstitut des „Rücktritts“ stellt sich nach Endemann, „Lehrbuch des bürgerlichen Rechts“ Bd. I S. 851 dar als „die Beseitigung eines wirksam zustande gekommenen Vertrages durch die einseitige Erklärung des — sei es vertraglich, sei es gesetzlich Berechtigten —, die Aufhebung der Vertragsfolgen und die Wiederherstellung des vor dem Vertragsabschluß vorhandenen Zustands auf Grund der Umwandlung des bisherigen Schuldverhältnisses in einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr unter verstärkter, mit dem Empfang der Leistung beginnender Haftung“. Schon diese Begriffsbestimmung verrät deutlich den konstruktiven und komplizierten Aufbau des Rücktritts, der noch erheblich dadurch gesteigert wird, daß das verwickelte Haftungssystem des Eigentümer-Besitzerverhältnisses der §§ 989 ff. BGB. im Falle der unmöglichen oder mangelhaften Erfüllung der Obligation auf Rückgewähr zum Zuge kommt. § 347 BGB. In Verbindung mit der besonders folgenschweren ex tunc-Wirkung des Rücktritts wird dadurch dieses Mittel zur vorzeitigen Lösung eines dauernden Schuldverhältnisses wenig geeignet. Zwar ist — wie Gierke a. a. O. S. 387 ff. ausführt — „auch bei dauernden Schuldverträgen vertragsmäßig vorbehaltener oder gesetzlich zugelassener Rücktritt nicht ausgeschlossen“ (vgl. auch Silberschmidt BayZ. 12 (1916) S. 370, 372; ZHR. 79 S. 472), „im allgemeinen aber — sagt Gierke a. a. O. S. 390 — ist für das gesetzliche Rücktrittsrecht, das das BGB. bei gegenseitigen Verträgen jedem Teil wegen Nichterfüllung seitens des anderen Teils infolge Leistungsverzuges oder verschuldeter Unmöglichkeit der Leistung gewährt (§ 326 und § 325), bei dauernden Schuldverhältnissen kein Raum“. (Bezüglich des vertraglichen Rücktrittsrechts vgl. Gierke a. a. O. S. 389).

Für die Kartelle als dauernde Schuldverhältnisse im besonderen kann diese von Gierke für die dauernden Schuldverhältnisse im allgemeinen bedingt angesprochene Ablehnung des Rücktritts als gegebenes Mittel zur vorzeitigen Lösung aus rechtlichen und wirtschaftlichen Gründen nahezu unbedingt erfolgen. Auf der rechtlichen Seite handelt es sich — wie erst neuerdings wieder Breslauer-Tschierschky, „System und Entwicklung des neuen Kartellrechts“, Beilage zu K. R. Heft 1/2 1925 S. 22 in Übereinstimmung mit den Ergebnissen dieser Untersuchung hervorheben — bei dem Kartellvertrag um ein „schuldrechtliches Verhältnis gesellschaftlichen Charakters“, für das Gierke a. a. O. S. 388 zwar den

Rücktritt zuläßt, ihn aber ausdrücklich auf die vom Gesellschaftsvertrag „miteingeschlossene, vorübergehende Leistungspflicht, mit deren Erfüllung erst die Erfüllung der Dauerschuld ihren Anfang nimmt“, beschränkt, während er „für den ausgeführten oder in der Ausführung begriffenen Gesellschaftsvertrag“ zit. S. 390 N. 60 in Anlehnung an die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts die Zulässigkeit des Rücktritts überhaupt verneint vgl. RG. 81, 303; 89, 333; 92, 158; 105, 167; 107, 106; 112, 283. Die oben erwähnte, durch die Langfristigkeit der dauernden Schuldverhältnisse besonders stark vermehrte, komplizierte, rechtliche Struktur des Rücktritts und die gegenüber den Verhältnissen des Gesellschaftsrechts als Sondergesetz wirkenden Vorschriften über die sofortige Kündigung sind die „treffenden Gründe“ (Gierke), mit denen das Reichsgericht seinen die Zulässigkeit des Rücktritts bei dieser Art der dauernden Schuldverhältnisse verneinenden Standpunkt vertritt. Im Hinblick auf die Kartelle ist in diesem Zusammenhang schließlich auch noch darauf hinzuweisen, daß der auf das Gebiet des Schuldrechts beschränkte Wirkungskreis des Rücktritts ihn als geeignetes Lösungsmittel von vornherein ausschließt, wenn es neben Obligationen auch personenrechtliche Beziehungen aufzuheben gilt. Letztere aber machen — im älteren Kartellrecht, das die eigentliche Kartellbindung stets nur gemeinsam mit der Organisation behandelte, noch mehr als nach dem Recht der Verordnung vom 2. November 1923 — einen Hauptteil der in jedem Kartell zutage tretenden Rechtsbeziehungen aus. Unter den mannigfachen Organisationsformen der Kartelle verbleiben als eigentlich schuldrechtliche Gebilde lediglich die gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse, die Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die o. H. G. und auch diese nähern sich — wie oben schon einmal erwähnt — dem Personenrecht. Könnte bei den in diese Organisationsformen gekleideten Kartellen, von allen anderen Hinderungsgründen abgesehen, unter Umständen eine Lösung auf dem Wege des Rücktritts in Frage kommen, so sind die in der Form von Vereins- oder Körperschaftsverhältnissen auftretenden Kartelle als dem Personenrecht angehörige Gebilde durchaus rücktrittsfeindlich.

Auf der wirtschaftlichen Seite will der aus der Kartellbindung heraus in die Freiheit strebende Kartellgenosse sicherlich nicht mit Wirkung ex tunc eine Rückgängigmachung aller bisherigen Rechtswirkungen des Kartellvertrages. Ganz abgesehen davon, daß an und für sich schon eine solche „Obligation auf Rückgewähr“ dem rasch pulsierenden wirtschaftlichen Leben etwas durchaus wesensfremdes ist, würde im besonderen bei den Kartellen mit ihrer starken Bindung an die Konjunkturschwankungen dem einzelnen Mitglied mit solchen „ex tunc-Wirkungen“ ein schlechter Dienst erwiesen, denn gerade jener Zustand müßte der wieder zu gewinnenden Freiheit halber künstlich erneut geschaffen werden, der das „zurücktretende“ Mitglied einstmals veranlaßt hatte, „beizutreten“.

Kann somit der Rücktritt weder für das dauernde Schuldverhältnis im allgemeinen noch für die Kartelle im besonderen als geeignetes Mittel zur Lösung der obligatorischen Bindung in der Regel Verwendung finden, so erhält das andere vom Gesetz zur Verfügung gestellte Mittel zur Beseitigung eines dauernden Schuldverhältnisses durch einseitige Willenserklärung vor Ende der Dauer durch Zeitablauf und vor Erlöschen der Schuld durch Erfüllung — die Kündigung — desto größere Bedeutung.

bb) Die Kündigung des dauernden Schuldverhältnisses.

Die Kündigung ist nach Endemann a. a. O. S. 774 „eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Berechtigte unmittelbar auf den Bestand des Schuldverhältnisses einwirken will, die aber dieses nur mit Wirkung für die Zukunft beendigt ohne seinen bisherigen Bestand, seine bisherige Wirksamkeit und den Rechtsgrund der bis zu seinem Erlöschen vollzogenen Leistungen in Frage zu stellen". Aus der Gegenüberstellung dieser Definition der Kündigung und der obigen Begriffsbestimmung des Rücktritts ergibt sich im Zuge der bisherigen Ausführungen die vorzügliche Eignung der Kündigung zu dem genannten Zweck der vorzeitigen Beendigung eines dauernden Schuldverhältnisses argumento e contrario von selbst. Da die Kündigung auch bei personenrechtlichen Verhältnissen begegnet, vgl. §§ 39 Abs. II BGB.; 65 ff. GenG., ist ihr fremd, was den Rücktritt in der großen Mehrzahl der Fälle so ungeeignet macht: Die Wirkung ex tunc und die Beschränkung auf die Obligation. Mit Gierke a. a. O. S. 386 darf daher der Satz ausgesprochen werden: „Das Rechtsinstitut der Kündigung ist kennzeichnendes Merkmal der dauernden Schuldverträge."

Wie immer, wenn in rechtlichem Zusammenhang von „Kündigung" gesprochen wird, die Unterscheidung zwischen „ordentlicher" und „außerordentlicher" Kündigung zu treffen ist, so zwingt auch bei der Untersuchung der vorzeitigen Beendigung des dauernden Schuldverhältnisses durch Kündigung die Doppelseitigkeit des Lösungsmittels die eine Art der Kündigung von der anderen zu trennen. Dabei ist jedoch zu betonen, daß „ordentliche" und „außerordentliche" Kündigung keinen begrifflichen, sondern lediglich einen formellen Gegensatz enthalten. Beide Arten der Kündigung werden von der oben angeführten Definition umfaßt. Während aber die ordentliche Kündigung gesetzlich oder vertraglich an bestimmte Kündigungstermine und bestimmte Kündigungsfristen gebunden sein kann, ist die außerordentliche Kündigung immer eine Kündigung „auf sofort", vgl. Gierke a. a. O. S. 383; Eltzbacher, „Großberliner Mietverträge" S. 40. In seiner in dem Problem der Beendigung durch Kündigung gipfelnden Untersuchung der dauernden Schuldverhältnisse unterscheidet Gierke angesichts des nicht begrifflichen Gegensatzes zwischen ordentlicher und außerordentlicher

Kündigung nicht in dieser formellen Richtung, sondern trennt die „eigentliche Kündigung“ (a. a. O. S. 380) als „Fristsetzung für die Zukunft“ von der „unbefristeten Kündigung“ (a. a. O. S. 383) als „Kündigung auf sofort“. Im Rahmen des hier zu gebenden Überblicks über die Beendigung dauernder Schuldverhältnisse aber sei an der Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung festgehalten, denn wenn auch Gierke unstreitig zuzugeben ist, daß die Trennung der einzelnen Kündigungsarten nach dem Kriterium der Befristung einen schärferen Unterschied aufzeigt als die Teilung in ordentliche und außerordentliche Kündigung, so ist doch einerseits gerade der Begriff der außerordentlichen Kündigung, der Kündigung aus wichtigem Grund dem hier vor allem zu berücksichtigenden Kartellrecht „als Sicherheitsventil gegen jede ungesunde Einschränkung der gewerblichen Freiheit unentbehrlich“ (Flechtheim), während andererseits die Fälle, in denen die ordentliche Kündigung in Form der „Kündigung auf sofort“ erfolgt — z. B. bei der auf unbestimmte Zeit eingegangenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, § 723 Abs. I Satz 1 BGB. — und das Fehlen eines begrifflichen Gegensatzes zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung deutlich in Erscheinung tritt, auf kartellrechtlichem Gebiet sehr selten sind, da „zu verlangen ist, daß eine so weitgehende Einschränkung der wirtschaftlichen Selbständigkeit nur auf eine ganz bestimmte Zeit erfolgt“ (Flechtheim a. a. O. S. 46, Blum a. a. O. S. 104).

α) Die ordentliche Kündigung des dauernden Schuldverhältnisses.

Die ordentliche Kündigung ist den Bedürfnissen der verschiedenen Schuldrechtstypen angepaßt und daher im einzelnen sehr kasuistisch geregelt. Innerhalb der hier zu gebenden Übersicht ist unter Verweisung auf Gierkes eingehende Untersuchung (vgl. a. a. O. S. 380 ff.) über die Bedeutung dieses Rechtsinstituts für die Beendigung dauernder Schuldverhältnisse zusammenfassend zu sagen, daß in ihm die ordnungs- und regelmäßige Handhabe gegeben ist, derartige Schuldverhältnisse durch einseitige Willenserklärung zu beenden. Demgemäß findet sich die ordentliche Kündigung sowohl bei den auf unbestimmte — als auch bei manchen auf bestimmte Zeit eingegangenen dauernden Schuldverhältnissen, namentlich bei solchen, die entweder eine auf sehr lange Zeit berechnete (z. B. § 567 BGB.) oder eine besonders persönliche Bindung) z. B. § 624 BGB. § 78 HGB.) enthalten. Ersteren setzt sie die zeitliche Grenze, indem sie deren unbestimmte Dauer in eine bestimmte d. h. in eine bis zum Ablauf der Kündigungsfrist bei der befristeten bzw. bis zum Zugang der Kündigungserklärung bei der unbefristeten Kündigung währende verwandelt. Mit dem Ablauf der Kündigungsfrist bzw. dem Zugang der Kündigungserklärung endet sodann die Dauer dieser Schuldverhältnisse durch Zeitablauf. Letzteren bereitet sie

gegenüber der ursprünglich bestimmten Dauer ein früheres Ende, wenn dieses auf Grund veränderter oder besonderer, neu in Erscheinung getretener Umstände erforderlich ist. Hier endet sodann die Dauer vor Zeitablauf.

Bei der vorausgeschickten Würdigung der Unterscheidung zwischen ordentlicher und außerordentlicher Kündigung wurde bereits erwähnt, daß die ordentliche Kündigung in der Regel befristet als „Fristsetzung für die Zukunft", häufig aber auch — namentlich bei den auf unbestimmte Zeit eingegangenen dauernden Schuldverhältnissen — unbefristet erfolgt, d. h. „plötzlich den Lebensfaden des dauernden Schuldverhältnisses abschneidet" (Gierke). Ebenso wurde als kennzeichnendes Merkmal jeder Art von Kündigung die besonders im Hinblick auf die Beendigung dauernder Schuldverhältnisse bedeutsame Wirkung „ex nunc" schon hervorgehoben.

β) Die außerordentliche Kündigung des dauernden Schuldverhältnisses.

Diese Art der Kündigung hat — wie Friedländer a. a. O. S. 106 für die Kartelle im besonderen richtig betont — zur Voraussetzung, daß das Schuldverhältnis auf bestimmte Zeit eingegangen ist, während bei den Schuldverhältnissen, die jederzeit ordentlich „auf sofort" gekündigt werden können, also vor allem bei den auf unbestimmte Zeit geschlossenen Schuldverhältnissen, ein Bedürfnis mit der außerordentlichen Kündigung zu operieren naturgemäß entfällt.

Ferner ist die außerordentliche Kündigung gebunden an das Vorliegen eines wichtigen Grundes, der die Anwendung der außerordentlichen Maßnahme rechtfertigt.

Endlich ist die außerordentliche Kündigung immer eine Kündigung „auf sofort".

Zu diesen wesentlichen Eigenschaften der außerordentlichen Kündigung treten die oben für das Rechtsinstitut der Kündigung im allgemeinen hervorgehobenen Merkmale. In Verbindung mit diesen erweist sich die außerordentliche Kündigung ebenso wie die Kündigung — insbesondere die fristlose — überhaupt als das gegebene Mittel zur Beendigung dauernder Schuldverhältnisse. Die Gründe, auf denen diese besondere Eignung beruht, wurden bei der Würdigung der Kündigung im allgemeinen bereits genannt. Sie sind vornehmlich in den Eigenschaften der Kündigung zu suchen, deren Fehlen oder Ersetzung durch andere den „Rücktritt" als Lösungsmittel bei dauernden Schuldverhältnissen in der großen Mehrzahl der Fälle eliminiert.

D. Ergebnis.

Dem hier gegebenen Überblick über die verschiedenen Möglichkeiten der rechtlichen Einkleidung der Beendigung dauernder Schuldverhältnisse darf in Übereinstimmung mit Gierke zunächst im

allgemeinen die Tatsache entnommen werden, daß „im System der dauernden Schuldverträge die fristlose Kündigung (der nach der hier gewählten Einteilung die ordentliche Kündigung „auf sofort" und die außerordentliche Kündigung entsprechen) in erheblichem Umfang dieselbe Rolle spielt, die bei vorübergehenden Schuldverträgen dem Rücktritt zufällt" (Gierke a. a. O. S. 387).

Für die Beendigung der Kartelle als Dauerschuldverhältnisse aber gibt diese Übersicht im besonderen den Hinweis, daß der zum Gegenstand dieser Untersuchung gemachte, unter dem allgemeinen Titel „Rücktritt vom Kartell" zunächst rein wirtschaftlich betrachtete Vorgang der Lösung eines Kartellmitgliedes aus seinem Kartellverband rechtlich nicht in die Form des Rücktritts im juristisch-technischen Sinn, wohl aber in die Form der fristlosen — und, da die Kartelle in der Regel auf bestimmte Zeit geschlossen sind, zumeist außerordentlichen — Kündigung zu kleiden ist.

Demgemäß wird im folgenden die rechtliche Würdigung des „Rücktritts vom Kartell" als „Kündigung der Kartellbindung aus wichtigem Grund" erfolgen müssen.

Die Kündigung der Kartellbindung aus wichtigem Grund.

§ 4

Die Kündbarkeit aus wichtigen Gründen ist ein notwendiges Korrelat der Kartellpflichten. (Flechtheim)

A. Die Kartellbindung.

In der richtigen Erkenntnis Flechtheims (a. a. O. S. 237), daß „die wirtschaftlich so verschiedenen Kartelle auch juristisch verschieden organisiert werden müssen", versagte die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen der alten, von Klein, „Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften" S. 60 ff. und Wunderlich, „Die Kartellgesellschaft" in LZ. 22, 217 erhobenen Forderung der Schaffung einer besonderen Organisationsform für die Kartelle, einer einheitlichen „Kartellgesellschaft", die Erfüllung. An dem bisherigen Zustand der Einkleidung der Kartelle in gesellschafts- und körperschaftsrechtliche Formen des bürgerlichen und des Handelsrechts hat die Kartellverordnung nichts geändert (vgl. Isay-Tschierschky, „Kartellverordnung" S. 91; Tschierschky, „Die Klärung des Kartellproblems durch die Praxis des Kartellgerichts" im „Wirtschaftsdienst" Heft 37 vom 12. Sept. 1924; Haußmann-Holländer, „Kartellverordnung" S. 26). Den rechtlichen Aufbau der Kartelle völlig außer acht lassend, beschränkt sich das Kartell-

aufsichtsgesetz auf die Erfassung des „Kartellverhältnisses d. h. derjenigen Bestimmungen, welche die Verpflichtungen über Innehaltung von Mindestpreisen, Gebietsabgrenzung, Kontingentierung, gemeinsamen Verkauf und Einkauf enthalten“ (Friedländer a. a. O. S. 41) und gestaltet diese bisher allein nach wirtschaftlichen Grundsätzen beurteilte „eigentliche Kartellbindung“ zu einer besonderen „obligatorischen Zweckbindung“ (Breslauer-Tschierschky, a. a. O. K. R. Heft 7/8 1924 Beilage S. 15). Diese eigenartige Technik des Gesetzes bedingt die Unterscheidung zwischen der „Organisation“, dem formellen rechtlichen Aufbau und der „Koalition“, den eigentlichen Kartellverträgen und Kartellbeschlüssen.

I. Organisation und Koalition der Kartelle.

a) Die rechtliche Organisation.

Die Entwickelungsgeschichte der Kartelle, insbesondere der in ihnen verkörperte Grundgedanke der Selbsthilfe gegen das uneingeschränkte Spiel der Kräfte im Zuge des wirtschaftlichen Liberalismus, gegen „die Lehre vom Vorzuge billigsten Bezuges aller Lebensgüter gleichviel woher, gegen die Lehre des Freihandels, die, bis zu Ende gedacht und schroff ausgedrückt, ein grundsätzliches Aushungern aller Erwerbszweige, abgesehen vom Handel, bedeutet“ (vgl. Gutachten Schneider zum 27. Deutsch. Jur.-Tag Verh. Bd. I S. 28) und die Schnelligkeit, mit der diese Reaktion gegen die nicht minder rasche Entwickelung des Wirtschaftslebens erforderlich und wirklich wurde, erklären die sonderbare Einkleidung der Kartelle in Rechtsformen, die — ursprünglich und eigentlich für ganz andere Zwecke geschaffen — schließlich schlecht und recht für Kartellzwecke zurechtgebogen wurden. Wie der Gedanke der Koalition vereinzelter Unternehmer wirtschaftlicher Not entsprang, so führte rechtliche Not, insbesondere der Mangel einer „Kartellgesellschaft“ katexochen, zu der Verwendung der allgemeinen gesellschafts- und körperschaftsrechtlichen Organisationstypen für den rechtlichen Aufbau der Kartelle. Wissenschaft und Rechtsprechung waren dadurch in der Folgezeit vor die nicht immer leichte, doppelte Aufgabe gestellt, „das hier zu lange und dort zu kurze, hier zerrissene und dort geflickte, fremde Kleid“ (Flechtheim a. a. O. S. 231) einmal den besonderen Bedürfnissen der Kartelle entsprechend aus- und umzubauen und zum anderen für alle Kartelle als solche, ohne Rücksicht auf ihren jeweiligen rechtlichen Aufbau, einheitliche Grundsätze aufzustellen und mit der lex lata in Einklang zu bringen. Letzteres Problem: Der Wesensgleichheit dieser wirtschaftlichen Koalitionen gerecht zu werden, auch wenn diese in verschiedener, — meist mehr zufällig als bewußt gewählter — rechtlicher Struktur auftreten, war insbesondere von Klein auf dem 27. Deutschen Jur.-Tag der damals noch jungen Kartellrechtswissenschaft programma-

tisch mit auf den Weg gegeben worden in der Mahnung das Kartellproblem materiell, nach Art und Zweck des Handelns der Vereinigung, nicht nach der Form zu betrachten und zu behandeln (vgl. Verh. Bd. 4 S. 478).

Flechtheim, der nach verdienstvoller Vorarbeit von Menzel, Rundstein, Hirsch, Bauch, Hüttner und anderen in seinem grundlegenden Werk über „Die rechtliche Organisation der Kartelle" den organisationstechnischen Teil der Kartellrechtsfragen zunächst abschließend beantwortete, bezeichnet mit Recht die gelungene Einfügung der an sich neuen wirtschaftlichen Erscheinung der Kartelle in den Komplex der gegebenen gesellschafts- und körperschaftsrechtlichen Organisationstypen als eine „Großtat der deutschen Rechtspraxis" (a. a. O. S. 8). Friedländer (a. a. O. S. 78) hebt hervor, daß die sich mit der Organisation der Kartelle bis in die feinsten Verästelungen bisher befassende Kartellrechtslehre hierbei „zweifellos verdienstvolle Klärung brachte". Authentische Anerkennung aber fanden die Ergebnisse der kartellrechtlichen Organisationskritik insbesondere dadurch, daß der Gesetzgeber der „Kartellverordnung" den rechtlichen Aufbau der Kartelle völlig überging, „das Vorhandensein der Kartelle und sonstigen wirtschaftlichen Machtkörper als eine gegebene Tatsache voraussetzte und lediglich ihre Mißbräuche zu bekämpfen sucht" (Isay-Tschierschky, „Kartellverordnung" S. 91; vgl. auch Tschierschky in T. und W. 1924 Heft 1 S. 20). Die Folge dieser Anerkennung der „Rechtsformen" der Kartelle, wie sie sich nach dem — von Scharlach auf dem 27. Deutsch. Jur.-Tag (Verh. Bd. 4 S. 523) für sie treffend formulierten — Grundsatz der „juristischen Ökonomie" (Ihering) entwickelt haben, de lege lata ist, daß der von R. Isay in den „Studien im privaten und öffentlichen Kartellrecht" S. 21 — noch vor Erlaß der Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen — ausgesprochene Satz: „Heute ist die Aufgabe, für die freien Kartelle eine sachgemäße Form zu finden, im wesentlichen gelöst; die den heutigen Kartellbedürfnissen entsprechenden Rechtsformen stehen so ziemlich fest", unvermindert weitergilt. Bei der Untersuchung der Kündigung der Kartellbindung aus wichtigem Grund ist daher unter Verweisung auf die oben genannten Autoren, insbesondere auf Flechtheim, die „rechtliche Organisation" der Kartelle nur in den Grundzügen und nur insoweit zu betrachten, als sie die Säulen bildet, die das Gewölbe — die „eigentliche Kartellbindung" — tragen.

1. Die bürgerlich rechtlichen Typen.

aa) Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Die Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB. als „dasjenige Rechtsverhältnis, bei dem mehrere Personen sich gegenseitig verpflichtet haben zu gemeinschaftlichem Zwecke in der durch den Vertrag be-

stimmten Weise zusammenzuwirken" (Silberschmidt in ZHR. 79, 468) bildet die gegebene Organisationsform für die Kartelle ohne Kontingentierung (Flechtheim S. 145; Isay, Studien S. 23; Blum S. 25; Isay-Tschierschky S. 92), findet sich aber auch bei Kontingentierungskartellen mit (Flechtheim S. 65 f.) oder ohne (Flechtheim S. 105) Zentralisation der Absatztätigkeit. Die besonderen Eigenschaften der „Kartellgesellschaft bürgerlichen Rechts" sind einmal die Einfachheit der Errichtung und Auflösung und zum anderen die Nachgiebigkeit der gesetzlichen Vorschriften, die der Parteivereinbarung weiten Spielraum lassen und die Berücksichtigung der jeweils besonderen „Kartellbedürfnisse" gestatten. Demgegenüber erscheint das Fehlen einer eigenen Rechtspersönlichkeit als Mangel, der jedoch nicht immer und überall als solcher empfunden wird, insbesondere dann nicht, wenn das Kartell eine Verschleierung der Existenz der eigentlichen Kartellbindung vor der breiteren Öffentlichkeit bezweckt.

Eine Unterabteilung der Kartellorganisation in der Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bildet die Einkleidung der Kartelle in die losere Form eines „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisses". (Silberschmidt in ZHR. 79, 470). Die rechtliche Beurteilung dieses Organisationstyps war in der Literatur ursprünglich sehr geteilt. Heute dürfte der Streit, ob „lose Kartellverträge" (Hüttner S. 24 ff.) bzw. „Innominatkontrakte" (Rundstein S. 20 ff.) oder „Gesellschaft, aber keine normale Gesellschaft im Sinne des BGB." (Flechtheim S. 145) im Sinne Silberschmidts (zit. S. 471) zugunsten eines besonderen, dauernden, der Gesellschaft ähnlich auf Treu und Glauben aufgebauten, meist noch mehr wie die Gesellschaft als Vertrauenssache behandelten Vertragsverhältnisses" entschieden sein. Vgl. Blum S. 25; RGR. Vorbem. 2 zu § 705 BGB.; RG. 53, 22; 70, 165; 95, 166; 192.

bb) Der nicht rechtsfähige Verein.

Wirtschaftlich sich aufs engste mit dem Organisationstyp der Gesellschaft bürgerlichen Rechts berührend und auch rechtlich in der Abgrenzung flüssig bildet der nichtrechtsfähige Verein einen weiteren, aus den gleichen Gründen wie die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bevorzugten und ebenfalls eigener Rechtspersönlichkeit entbehrenden Organisationstyp. Die durch den § 54 BGB. bedingte und „gerade bei Kartellen besonders flüssige" (Isay-Tschierschky S. 91 Anm. 2) Unterscheidung zwischen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und dem nichtrechtsfähigen Verein trifft Flechtheim S. 24 f. nach dem doppelten Kriterium der für die Annahme eines nichtrechtsfähigen Vereins erforderlichen „selbständigen Organisation, nach Art der Organisation einer juristischen Person" und „der Fähigkeit und Bestimmung gleich einer solchen in den Rechtsverkehr zu treten" (vgl. Flechtheim S. 245, Höniger, ZHR. 84, 502). Wie die „Kartellgesellschaft bürger-

lichen Rechts" wird der nichtrechtsfähige Verein von den Kartellen ohne Kontingentierung besonders bevorzugt, tritt aber ebenfalls bei den zentralisierten und bei den nicht zentralisierten Kontingentierungskartellen in Erscheinung. Bei ersteren vor allem dann, wenn entweder „zwar eine eigene Verkaufsstelle organisiert, aber nicht als selbständige Handelsgesellschaft, sondern als völlig abhängige Verbandseinrichtung gestaltet ist" (Flechtheim S. 62) oder „die Kartelle sich zum Verkauf einer außerhalb des Syndikats stehenden Firma bedienen" (Flechtheim S. 68 f.) vgl. Blum S. 23.

Die Kündbarkeit dieser Organisationsformen aus wichtigem Grund ist für die Gesellschaft positiv durch § 723 BGB. ausgesprochen, für den nichtrechtsfähigen Verein durch § 54 BGB. implicite bejaht (vgl. RGR. Anm. 1 zu § 723).

cc) Der eingetragene Verein.

Der rechtliche Aufbau in Form des eingetragenen Vereins ist „Syndikaten" durch § 21 BGB. verschlossen (Isay-Tschierschky S. 93; Haußmann-Holländer S. 27; Isay, Studien S. 24 f.; Flechtheim S. 147, 317; Günther, „Kartelle in Form von rechtfähigen Vereinen" S. 34 ff.). Reine Kontingentierungskartelle ohne zentralisierte Absatztätigkeit (vgl. K. R. 16, 80) und reine Preis- und Konditionenkartelle aber können sich sehr wohl dieser Organisationsform bedienen. Friedländer S. 32 bezeichnet den eingetragenen Verein als „Hauptform straff organisierter Konditionenkartelle". Der grundsätzliche Unterschied und in die Augen springende Vorteil dieser rechtlichen Einkleidung gegenüber den bisher behandelten Organisationstypen ist die hier gegebene eigene Rechtspersönlichkeit, die den Aufbau erheblich an Stetigkeit und Straffheit gewinnen läßt, letzteres allerdings auf Kosten der Anpassungsfähigkeit an etwaige spezielle Kartellwünsche.

Die Möglichkeit aus wichtigem Grund aus einem Kartell dieses Organisationstyps auszuscheiden, war auch nach dem bisherigen Recht nie streitig. Der herrschenden Lehre aber, die diesen Austritt aus wichtigem Grund analog der Bestimmung des § 723 BGB. als „Kündigung auf sofort" behandelte, stellte Isay, Studien S. 24 f. die Ansicht entgegen, daß § 723 durch § 39 BGB. ausgeschlossen sei, da „für ein Nebeneinander der beiden, dem gleichen Zwecke dienenden Vorschriften kein Raum sei". Isay wird indessen zutreffend widerlegt durch den Hinweis darauf, daß § 39 sich „lediglich auf die Fälle der regelmäßigen Kündigung bezieht" (Haußmann-Holländer S. 54; vgl. Blum S. 107; Friedländer S. 107; Flechtheim S. 323; Günther S. 80).

2. Die handelsrechtlichen Typen.

Die Einkleidung der Kartelle in Organisationsformen des Handelsrechts zeigt in ihrer historischen Entwickelung das Bild

einer basisbreiten, spitzen Pyramide. In den Anfängen der Kartellpraxis und Kartellrechtslehre finden sich die verschiedensten Formen vertreten. Das mit der Wahl einer handelsrechtlichen Organisationsform erstrebte Ziel, die Vereinigung der Kartell- und der Kaufmannseigenschaft, der Kontingentierung und des Absatzes in ein und derselben Hand, wurde auf allen möglichen Wegen zu erreichen versucht. Die offene Handelsgesellschaft (vgl. Bauch S. 34f.; Hüttner S. 40, 110; Flechtheim S. 102) die Kommanditgesellschaft (vgl. Hüttner a. a. O.; Flechtheim a. a. O.; Grunzel, „Über Kartelle" S. 85), die Nebenleistungs-AG. (vgl. Bauch S. 36f.; Hüttner S. 42; Flechtheim S. 99 und die dort genannte Literatur; Blum S. 24), die eingetragene Genossenschaft (vgl. Gutachten Schneider zum 27. Deutsch. Jur.-Tag Verh. Bd I, S. 12, 54; Bauch S. 50f.; Hüttner S. 42, 110f.; Rieß in Gruchots Beitr. 61 S. 91ff.; Flechtheim S. 101, 295f.; Friedländer S. 30; RG. 90, 403ff.) und die G. m. b. H. (vgl. Rundstein S. 25; Bauch S. 45; Hüttner S. 42; Flechtheim S. 71ff. und die dort genannte Literatur: S. 274ff.; Isay, Studien S. 32ff.; Friedländer S. 27ff.; Blum S. 24; Isay-Tschierschky S. 93, Anm. 4; Haußmann-Holländer S. 26; Staub-Hachenburg, G. m. b. H.-Ges., § 3 Anm. 1ff.; Brodmann, G. m. b. H.-Ges., Anm. 8 S. 24ff.) wurden erprobt. Das wissenschaftlich ausgewertete Ergebnis der Praxis ließ allmählich aus der Fülle dieser allenfalls möglichen Organisationsformen die minder geeigneten zugunsten der besser passenden ausscheiden, die ursprünglich so breite Basis der handelsrechtlichen Organisationstypen verjüngte sich mehr und mehr. Schon Hüttner (S. 40) und Flechtheim (S. 102) bezeugen das „seltene Begegnen" der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft im Kartellrecht. Die neuere Literatur vollends — Blum, der die Wirkungen der Kündigung bei Kartellen dieser Rechtsformen andeutet, (S. 98) ausgenommen — übergeht sie überhaupt. Die Kartell-AG., von der ebenfalls schon Hüttner (S. 42), allerdings etwas zu weitgehend, berichtet, daß sie überhaupt nicht existiere, ist inzwischen durch den seit langem erfolgten Umbau der „Wirtschaftlichen Vereinigung deutscher Gaswerke AG." in eine Doppelgesellschaft (Flechtheim S. 295) tatsächlich aus der Praxis verschwunden (vgl. Flechtheim S. 100, 295; Friedländer S. 27; Haußmann-Holländer S. 26). Endlich teilt dieses Schicksal auch die Organisationsform der Genossenschaft für Kartelle. Diese ragt zwar noch bis in die neueste Epoche des Kartellrechts hinein (vgl. Flechtheim S. 101; 295f.; Friedländer S. 30f.; Blum S. 102), hat aber „tatsächlich keine nennenswerte Verbreitung" (Isay-Tschierschky S. 91) gefunden, wird „für Kartelle praktisch nicht mehr verwandt" (Haußmann-Holländer S. 27). Übrig bleibt somit allein

als Spitze der ursprünglich so basisbreiten Figur handelsrechtlicher Kartellformen: Die Kartell-G. m. b. H.

Die historische Entwickelung, die zu diesem Ergebnis führte, ist kein Spiel des Zufalls. Vielmehr darf aus der Tatsache, daß sich die G. m. b. H. unter all den anderen konkurrierenden Organisationstypen allein behaupten konnte, auf ihre Brauchbarkeit in der Praxis geschlossen werden (vgl. Flechtheim S. 71). Diese aber ist wiederum nur die Folge der universellen Möglichkeit der Errichtung der G. m. b. H. zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck (§ 1 G. m. b. H.-Ges.), der straffen, aber doch nicht starren (§ 45 G. m. b. H.-Ges.), „durch das Gesetz wohl geregelten Organisation" (Brodmann, G. m. b. H.-Ges. § 3 Anm. 8), der dieser Organisationsform verliehenen Eigenschaft einer juristischen Person (§ 13 Abs. 1 G. m. b. H.-Ges.) und eines Vollkaufmanns (§ 13 Abs. III G. m. b. H.-Ges.; § 6 HGB.; Brodmann, G. m. b. H.-Ges. § 13 Anm. 1, 3, 4). Allerdings ist trotz dieser praktisch erwiesenen Eignung der G. m. b. H. für den rechtlichen Aufbau der Kartelle und Syndikate nicht an der Tatsache vorüberzugehen, daß auch die G. m. b. H. nicht die Kartellform bildet, daß vielmehr letzten Endes auch sie das „fremde Kleid" bleibt, von dem oben allgemein gesprochen wurde. „Auch die G. m. b. H. ist — wie Brodmann, G. m. b. H.-Ges. § 3 Anm. 8 darlegt — ausgestattet als kapitalistische Erwerbsgesellschaft, was das Kartell nicht ist und nicht sein will . . . Wenn daher das Gesetz in der Stammeinlage des Gesellschafters dessen Hauptleistung erblickt und im Abs. II des § 3 daneben auch andere Verpflichtungen, Nebenverpflichtungen zu vereinbaren gestattet, so sind hier diese Nebenverpflichtungen die bei weitem überwiegenden Hauptverpflichtungen geworden, während die Aufbringung der Mittel für die Gesellschafter ganz in den Hintergrund tritt." Mag diese zweifellose Divergenz zwischen Form und Inhalt der Kartell-G. m. b. H. auch ein so scharfes Urteil, wie es Brodmann a. a. O., § 3 Anm. 8 über diese Organisationsform fällt, nicht rechtfertigen, so ergeben sich doch aus der Verwendung einer vorwiegend kapitalistisch gedachten, erwerbswirtschaftlichen Gesellschaftsform zur rechtlichen Einkleidung einer „Förderungsgemeinschaft" (Geiler, „Gesellschaftliche Organisationsformen des neueren Wirtschaftrechts" S. 12) eine Reihe von Dissonanzen, die nur — wie Brodmann ausgezeichnet hervorhebt — „ohne Fesselung durch die Form aus Inhalt und Geist des Kartellvertrages nach den allgemeinen Rechtssätzen von der Gesellschaft und nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen" zu beheben sind.

Einen solchen Mißklang von ganz besonderer Stärke bildete im älteren Kartellrecht die sich aus dem kapitalistisch-erwerbswirtschaftlichen Charakter der G. m. b. H. erklärende, mit der Kartell-G. m. b. H. aber durchaus nicht zu vereinbarende, grundsätzliche Unkündbarkeit dieser Gesellschaftsform aus wichti-

gem Grund (vgl. RG. 73, 429; 108, 20; Brodmann, GmbHGes. § 3 Anm. 8; Staub-Hachenburg, GmbHGes., Erl. zu § 3 Anm. 12; Düringer-Hachenburg-Geiler, Kommentar zum HGB. Bd. IV, S. 325 Anm. 392).

Der Kampf, in dem Flechtheim „mit weiteſtgehender Zustimmung in der Rechtslehre" (vgl. S. 286 ff.) für die Anerkennung der Kündigungsmöglichkeit der Kartell-G. m. b. H. aus wichtigem Grund eintrat, iſt durch § 8 KartVO. im Sinne der Wissenschaft entschieden, das unerquickliche Schauſpiel des Auseinandergehens von Kartellrechtslehre und Spruchpraxis beendet worden (vgl. K. R. 1924 Heft 3 S. 171). Indessen vermochte auch die KartVO. nicht allen Streit zu schlichten. „Das Problem iſt nicht gelöſt, sondern an andere Stelle verschoben worden!" Fagg in K. R. 1924 Heft 7/8 S. 374.

3. Die Doppelgesellschaft.

Neben die gewohnten und allgemein üblichen Organisationsformen des bürgerlichen und des Handelsrechts tritt die Doppelgesellschaft als eine eigene und originelle Erfindung des Kartellrechts, als ein Organisationstyp „eigener Art". Treffend bemerkt Isay, Studien S. 21: „Man kann wohl ohne Übertreibung sagen, daß der unbekannte Urheber der Doppelgesellschaft ein rechtsschöpferischer Geist ersten Ranges gewesen sein muß." Aus praktischem Bedürfnis heraus geboren, unter geschickter und kluger Verwendung gegebener Rechtsformen wurde hier durch deren eigenartige Kombination ein neues Gebilde geschaffen, das in ganz besonderer Weise den organisationstechnischen Wünschen der Kartelle Rechnung trug und darüber hinaus einen wertvollen Baustein zur Fortentwicklung des Rechtes überhaupt lieferte. Die Anerkennung, die diese eigene Schöpfung der Kartellpraxis in § 3 der AusfBest. zum KoWG. (RGBl. S. 1449) de lege lata gefunden hat, bezeugt die juristische Brauchbarkeit dieser Organisationsform, die — „wenn sie auch immer noch nicht das Ideal einer Kartellorganisation bedeutet — sich doch gerade in der Praxis als die elastischste und brauchbarste erwiesen hat und heute jedenfalls als die vorherrschende gelten kann" (Flechtheim S. 59).

aa) „Die juristische Analyse der Doppelgesellschaft" ausgeführt — „ein Kernproblem des Kartellrechts" gelöst zu haben, darf in erster Linie Flechtheims großes Verdienst genannt werden (vgl. Flechtheim S. 25—42; 250). Danach erscheint die Doppelgesellschaft als die Verbindung einer handelsrechtlichen (AG. oder G. m.b.H.) mit einer bürgerlichrechtlichen Organisationsform (Gesellschaft nach §§ 705 ff. BGB. oder nichtrechtsfähiger Verein § 54 BGB.). Die einzelnen Unternehmer errichten zunächst eine AG. bzw. G. m. b. H. (über die Vorteile der letzteren vgl. Flechtheim S. 19) und gehen sodann mit dieser die eigentliche Kartell-

bindung in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder eines nicht rechtsfähigen Vereins ein. Flechtheim erkennt — nach dem oben S. 39, 1 bb genannten Kriterium für den nicht rechtsfähigen Verein: Der Organisation nach Art einer jurstischen Person und der Fähigkeit und Bestimmung gleich einer solchen in den Rechtsverkehr zu treten (S. 25; 245 und die dort genannte Literatur) — für die Organisationsform der Kartellbindung ausschließlich die Gesellschaft bürgerlichen Rechts an (vgl. Blum S. 22; Haußmann-Holländer S. 27; H. Isay, „Die Patentgemeinschaft im Dienst des Kartellgedankens" Heft 3 der Abh. zum Kartellrecht und zur Kartellpolitik, S. 20). Demgegenüber entscheiden sich H. und R. Isay, „Allgemeines Berggesetz für die preußischen Staaten" Bd. II S. 198 Anm. 4 und Friedländer S. 24 f. für den nicht rechtsfähigen Verein. Vgl. auch RG. 60, 94 ff. Die Streitfrage, die — wie schon Flechtheim S. 22 betont — „keine spezifisch kartellrechtliche ist", dürfte sich positiv nur von Fall zu Fall beantworten lassen. Zuzustimmen ist daher Isay, Studien S. 27, woselbst diesem Organisationstyp „Eigenschaften" der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zugesprochen werden, und Isay-Tschierschky S. 93 Anm. 5, wo beide Rechtsformen alternativ genannt werden.

Wichtiger und schwieriger ist die Frage nach dem Verhältnis der als selbständige Handelsgesellschaft organisierten Verkaufsstelle zu der für die eigentliche Kartellbindung gewählten Rechtsform. Flechtheim, der — die schon von Rundstein, Müller und Schülein vertretene Auffassung teilend (Flechtheim S. 30) — die Verkaufsstelle als „Exekutivorgan" (S. 31) der Kartellgesellschaft bezeichnet, fand allgemeinen Beifall. (Vgl. Flechtheim S. 247 und die dort genannte Literatur; Isay, Studien S. 27; Friedländer S. 25; Blum S. 22; Isay-Tschierschky S. 93 Anm. 5; Haußmann-Holländer S. 27). Bestritten dagegen ist auch heute noch das dieser Organfunktion der Verkaufsstelle zugrunde liegende Rechtsverhältnis. Flechtheim nimmt (S. 32) ein Gesellschaftsverhältnis an und sieht in der AG. (G. m. b. H.) eine „Gesellschafterin der Vereinigung mit einer besonderen, eigenartigen Stellung" (S. 33). Düringer-Hachenburg-Geiler dagegen betrachten (S. 315 Anm. 380) die Verkaufsstelle als „einen nicht am Gesellschaftsvertrag beteiligten Dritten", der von den Gesellschaftern zunächst selbst in der Form einer juristischen Person geschaffen und sodann mit der Führung der Geschäfte der Gesellschaft betraut wurde, und erblicken gerade hierin „das Schöpferische" dieser Kartellorganisation. Flechtheim, der gegen diese Auffassung mit derselben Argumentation polemisiert (S. 247) wie schon gegen Rundstein (S. 32), bemerkt hierzu mit Recht, daß damit an der Erfassung des der Organfunktion der Verkaufsstelle entsprechenden Rechtsverhältnisses vorbeigegangen, daß insbesondere nicht entschieden wird, ob die Bestellung der AG. bzw. G. m. b. H. zum Ge-

schäftsführer der Kartellgesellschaft kraft Sondervertrages oder kraft des Gesellschaftsvertrages erfolgt. Haußmann-Holländer, die sich im übrigen Düringer-Hachenburg-Geiler anschließen, suchen dieser Kritik dadurch zu begegnen, daß sie die Organfunktion der Verkaufsstelle aus einem „Geschäftsbesorgungsvertrag" ableiten (S. 27). Ein Vorzug dieser Konstruktion gegenüber Flechtheim aber kann nicht festgestellt werden. Gegen Haußmann-Holländer sprechen im wesentlichen zwei Gründe. Einmal wird es Flechtheim mit Recht hoch angerechnet durch die Analysierung des Kartellvertrages als einheitlichen Gesellschaftsvertrag die dem Parteiwillen entsprechendste Rechtsfigur gefunden zu haben. Wird diese Einheitlichkeit — wie von Haußmann-Holländer — durch Auflösung in zwei getrennte Verträge — Gesellschaftsvertrag und Geschäftsbesorgungsvertrag — wiederum künstlich zerschlagen, so ergeben sich erneut die Bedenken, die schon Hüttner S. 49 gegen eine „reinliche Scheidung" der offenbar gewußt und gewollt verquickten, rechtlichen Regelung der Rechtsverhältnisse der Werkbesitzer unter sich und zu der Verkaufsstelle in ein und demselben Vertrag aus dem Parteiwillen ableitete. Zum anderen wird durch die Einschaltung eines besonderen „Geschäftsbesorgungsvertrages" zwischen die Kartellgesellschaft und die Verkaufsstelle auch die rechtliche Natur des „Lieferungsverhältnisses" wiederum strittig (s. bb).

bb) Das „Lieferungsverhältnis" — den „Inbegriff des Rechtes und der Pflicht der einzelnen Kartellmitglieder zur Ablieferung und der Pflicht der Verkaufsstelle zur Abnahme und Zahlung" — als einen Teil des zwischen der Kartellgesellschaft und der Verkaufsstelle bestehenden Gesellschaftsverhältnisses nachgewiesen zu haben (S. 40 ff.), bildet den Kernpunkt der dem Kartellrecht durch Flechtheims Untersuchungen zuteil gewordenen Förderung. Flechtheim selbst kann S. 250 berichten, daß diese seine Auffassung „auf der ganzen Linie durchgedrungen" und auch vom RG. in der Entscheidung vom 21. Juni 1918 (Langenbrahm-Prozeß) und RFH. 3, 231; 4, 172; 6, 127 angenommen ist. Nicht zuletzt sprechen für Flechtheims Theorie die sich aus ihr ergebenden praktischen Folgen. Nur wenn ein Gesellschaftsverhältnis zwischen den Syndikatsmitgliedern und der Verkaufsstelle angenommen und das Lieferungsverhältnis in dieses einbezogen wird, kann das wirtschaftlich einheitliche Kartellverhältnis auch rechtlich als Einheit behandelt werden. Dieses durchaus befriedigende Ergebnis aber wird zerstört, wenn — mit Haußmann-Holländer — zu der Annahme eines besonderen (Geschäftsbesorgungs-)Vertrages zurückgekehrt wird. Auf dieser Grundlage können nur mehr die den Mitgliedern der Kartellgesellschaft obliegenden Rechte und Pflichten des Lieferungsverhältnisses als Bestandteil des Gesellschaftsvertrages angesehen werden, insofern als — wie Düringer-Hachenburg-Geiler als Vertreter dieser Meinung konsequent

S. 319 Anm. 382 ausführen — „jedes Kartellmitglied sich der Vermittelung der Verkaufsstelle für den Absatz kraft des Gesellschaftsvertrags bedienen muß", während die der Verkaufsstelle obliegende Pflicht zur Abnahme und Zahlung und das ihr „in der Regel zustehende Recht auf die Lieferung und den Weiterverkauf" (Flechtheim S. 39, 250) aus dem Gesellschaftsverhältnis entfallen und als gesonderte Vertragsverhältnisse zwischen Verkaufsstelle und einzelnem Kartellmitglied zu behandeln sind. Angesichts der diesem Zerfall des Lieferungsverhältnisses entspringenden Folgen (vgl. Flechtheim S. 44) bemerkt Blum S. 23 mit Recht, daß nur die Betrachtung der Verkaufsstelle als Mitgesellschafterin und die Erfassung des Lieferungsverhältnisses als Teil des Gesellschaftsverhältnisses „der wirtschaftlichen Einheitlichkeit des ganzen Kartellvertrages gerecht wird, denn nur sie führt zu der den Bedürfnissen der Praxis entsprechenden rechtlichen Konsequenz, daß Kartellverhältnis und Lieferungsverhältnis miteinander stehen und fallen und nicht das eine ohne das andere zur Auflösung gebracht werden kann."

cc) Aus dem Gesagten erhellt die Bedeutung der Kohäsion des Kartell- und Lieferungsverhältnisses für die Kündigung der Kartelldoppelgesellschaft aus wichtigem Grund. Unterliegt zunächst die zwischen den beteiligten Unternehmern und der Verkaufsstelle bestehende Vereinigung — Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder nicht rechtsfähiger Verein — dem oben genannten Kündigungsrecht aus § 723 Abs. I, S. 2 BGB. (vgl. S. 39 1 bb), so sind auch die dem Lieferungsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten — als Teile des Gesellschaftsverhältnisses — dieser Bestimmung unterworfen (Flechtheim S. 44, 257). Wäre damit auch für die Organisationsform der Doppelgesellschaft die Kündbarkeit des ganzen Kartellvertrages aus wichtigem Grund schon im Rahmen der allgemeinen Rechtssätze gegeben, so wird die praktische Bedeutung dieser Konstruktion durch die entgegengesetzte Meinung des Reichsgerichts (vgl. RGZ. 74, 33 und Flechtheim S. 45, 85 ff., 282 f.) allerdings erheblich gemindert.

Da die Kündigung der Kartellgesellschaft aus wichtigem Grund regelmäßig nicht zur Auflösung der Gesellschaft, sondern lediglich zum Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters führt, während die Gesellschaft selbst unter ausdrücklicher oder stillschweigender (vgl. Flechtheim S.264; Friedländer S. 104; Isay-Tschierschky S. 262) Berufung auf § 736 BGB. unter den übrigen Gesellschaftern fortbesteht, ist es Sache des Syndikatsvertrages Vorsorge zu treffen, daß der durch Kündigung aus der Kartellgesellschaft ausgeschiedene Gesellschafter auch seiner Beteiligung an der Verkaufsstelle verlustig geht. „Ein Auseinanderfallen von Aktien und Syndikatsmitgliedschaft — (von „Beteiligung" und „Teilhaberschaft" am Gesamtkartell im Sinne Silberschmidts S. 140) —

ist stets vom Übel" (Flechtheim S. 20). In bezug auf die Mittel, die geeignet sind, diese völlige und reinliche Scheidung herbeizuführen, ist im Rahmen des hier zu gebenden Überblicks auf Hüttner S. 108 f.; Flechtheim S. 21, 244; Friedländer S. 112, 152; Blum S. 99; Isay-Tschierschky S. 263; Haußmann-Holländer S. 35, 81 zu verweisen. Darüber hinaus aber ist der von Blum unter Hinweis auf § 226 BGB., Isay-Tschierschky und Haußmann-Holländer vertretenen Ansicht zuzustimmen, daß — auch ohne ausdrückliche Satzungsbestimmung — eine Verpflichtung des ausgeschiedenen Kartellgesellschafters anzuerkennen ist, seine Aktien bzw. Geschäftsanteile der Verkaufsstelle an die Kartellgesellschaft bzw. an ein oder mehrere Mitglieder derselben gegen Entgelt abzutreten.

b) Die rechtliche Koalition.

Die verschiedenen, in der vorstehenden Übersicht behandelten, allgemein bürgerlich- bzw. handelsrechtlichen Assoziationstypen der Kartelle werden durch den Hinzutritt der „eigentlichen Kartellbindung" i. S. der oben S. 15 § 2 C 1 b nach der wirtschaftlichen und rechtlichen Seite hin beleuchteten, „selbständigen Vertragskategorie" mit einem in gewisser Hinsicht einheitlichen spezifisch kartellrechtlichen Inhalt erfüllt. Die rechtliche Regelung dieses Inhalts, den Haußmann-Holländer mit Recht S. 27 den „begriffswesentlichen Bestandteil des Kartellvertrages" nennen, stand im älteren „ungeschriebenen" Kartellrecht im engsten Zusammenhang mit der von dem einzelnen Kartell für seinen rechtlichen Aufbau jeweils gewählten Organisationsform. Daraus ergab sich eine — im wesentlichen auf formellen Gründen beruhende, sachlich aber wenig gerechtfertigte, — verschiedenartige Behandlung an und für sich gleicher Fragen des materiellen Kartellrechts. Bemühten sich auch Wissenschaft und Praxis den unerfreulichen Folgen der vom Standpunkt der Wirtschaft aus zweifellos zu begrüßenden, mannigfaltigen rechtlichen Einkleidung der Kartelle dadurch entgegenzutreten, daß sie einheitliche, für alle Kartelle als solche geltende Grundsätze aufzustellen suchten, so mußten doch diese Bestrebungen, dem Kartellproblem nach dem gleichartigen Zweck, nicht nach der verschiedenartigen Form gerecht zu werden, mitunter an der lex lata scheitern, wie — beispielsweise — die ausnahmslose Verwirklichung des von Flechtheim entwickelten Grundsatzes der unentbehrlichen Kündbarkeit der Kartellpflichten aus wichtigem Grund durch die besonderen Bestimmungen der §§ 60, 61 GmbHGes. vereitelt wurde. Offenbarte sich in diesem Widerstreit „des Rechts der Form und der Tatsachen" (Klein: „Die wirtschaftlichen und sozialen Grundlagen des Rechts der Erwerbsgesellschaften" S. 65; Flechtheim S. 23 f.) weniger das Fehlen einer Kartellgesellschaft katexochen, als vielmehr der Mangel eines Gesetzes, welches die von der

Verschiedenheit der Organisationsform losgelösten, einheitlichen Fragen des materiellen Kartellrechts einer übereinstimmenden Behandlung unterwarf, so war damit zugleich das Postulat gegeben, welches die Erfahrungen mit der „ungeschriebenen" lex lata jedem kommenden Kartellgesetz de lege ferenda entgegenbrachten.

Die Verordnung gegen Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen hat sich diesem Verlangen des älteren Kartellrechts nicht entzogen. Sie erhob vielmehr in der Erfüllung dieser Forderung in ihrem § 1 den bisher vorwiegend volkswirtschaftlich gewerteten, materiellen Kartellbegriff zu einem „Rechtsbegriff des Privatrechts" und knüpfte an die jeweilige Feststellung des Vorliegens dieses Begriffes ohne Rücksicht auf dessen organisationsrechtliche Einkleidung „einheitliche zivilrechtliche Folgen" (Isay-Tschierschky S. 109 Anm. 26), von denen die durch § 8 der KartVO. bestimmte Möglichkeit fristloser Kündigung aus wichtigem Grund die bedeutendste und für diese Untersuchung gegenständliche ist.

II. Die Kartellbindung als contractus sui generis.

Mit der vorherrschenden Meinung, die — entgegen dem auf S. 14 ff. in § 2 C I, II vertretenen Standpunkt — den § 1 KartVO. als Legaldefinition des Kartellbegriffes betrachtet (vgl. Blum S. 17; Breslauer-Tschierschky K. R. 1925, Heft 1/2 Beil. S. 22; Isay-Tschierschky S. 126), geht diese Untersuchung argumento a maiore ad minus dahin einig, daß die Darstellung der aller Möglichkeiten und Zufälligkeiten der verschiedenartigen rechtlichen Organisation entkleideten, rechtlichen Koalition der Kartelle den Kern des neuen Kartell-Rechtsbegriffes bildet. Daher war diese „eigentliche Kartellbindung" auch der Ermittelung des Kartellbegriffes zugrunde zu legen und im § 2 näher zu erörtern. Die sich aus der Lösung dieser Bindung aber aus dem Rahmen ihrer jeweiligen Organisationsform und aus ihrer Unterordnung unter das Sonderrecht der KartVO. des weiteren ergebende und speziell für die Kündigung der Kartellverträge nach § 8 bedeutsame Frage nach der rechtlichen Natur dieses Aggregats der „typischen Kartellverpflichtungen" und seines Verhältnisses zu den verschiedenen Formen seiner rechtlichen Einkleidung harrt noch der Antwort.

a) Die Feststellung der rechtlichen Natur der „eigentlichen Kartellbindung" darf mit voller Berechtigung die erste und wichtigste Aufgabe des neueren Kartellrechts genannt werden. Ihre Lösung bestimmt zugleich den Wirkungskreis der Kartellverordnung, zeigt, ob lediglich die rechtliche Koalition oder auch die rechtliche Organisation der Kartelle von ihr erfaßt werden. Wissenschaft und Praxis gehen einig in der Betonung der Tragweite der hier zu treffenden Entscheidung. Die Frage selbst aber wird verschieden beantwortet.

1. Lehnich-Fischer S. 194 ff. suchen die Lösung aus dem Wortlaut des § 1 KartVO. abzuleiten und folgern — „den offenbar amtlichen Standpunkt vertretend" (Friedländer S. 268) —, daß alle diejenigen Kartelle, die nicht in Form einer juristischen Person organisiert sind, „als Verträge i. S. des bürgerlichen Rechts" — nach S. 194 Anm. 8 „soweit sie sich auf die im § 1 geregelten Materien beziehen", nach S. 217 Anm. 1 Ziff. 3 „in vollem Umfang" — unter § 1 der VO. fallen. Nach der letzteren Wendung, welche die vertretene Meinung ersichtlich richtig wiedergibt, werden also bei allen nicht in die Form einer juristischen Person gekleideten Kartellen Organisation und Koalition als einheitliches Ganzes der KartVO. subsumiert. Kartelle in Form einer juristischen Person dagegen werden nur hinsichtlich der eigentlichen Kartellbindung, d. h. nur hinsichtlich der Beschlüsse der in § 1 genannten Art, welche von der juristischen Person, bzw. von ihren Organen gefaßt werden, der KartVO. unterworfen; die Doppelgesellschaft nur mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die Nebenleistungs-G. m. b. H. nur mit der Nebenleistungsverpflichtung. In diesen Fällen also soll sich die eigentliche Kartellbindung von der Organisationsform trennen, die letztere — „weil eine juristische Person weder ein Vertrag, noch ein Beschluß" — von der KartVO. nicht erfaßt werden.

2. Friedländer S. 44 ff. geht an die Lösung des Problems mit der Frage heran, „ob unter Kartellverträgen i. S. der KartVO. der Gesamtvertrag, also sowohl die Regelung der Organisation, wie die eigentliche Kartellbindung zu verstehen ist, oder ob nur die letztere als Kartellvertrag i. S. der KartVO. anzusprechen ist". Die Antwort gibt Friedländer (S. 49) dahin, daß „die Begriffsbestimmung des § 1 sich sowohl auf den organisatorischen Teil wie auf die Kartellbindung bezieht". Eine Ausnahme wird nur insofern gemacht, als zwingende Vorschriften des GmbHG. die Anwendbarkeit der KartVO. auf die rechtliche Organisation der Kartelle ausschließen, wobei aber (S. 269) „auch dieser Ausnahme gegenüber eine Zurückstellung formaler Bedenken hinter den Grundsatz der einheitlichen Behandlung" als „durchaus erwägenswert" bezeichnet wird.

3. Jacusiel (LZ. 1924 Sp. 674 ff.) und Fagg (K. R. 1924 Heft 7/8 S. 378) stimmen im Ergebnis mit Friedländer überein. Ersterer verneint die Möglichkeit einer Sonderbehandlung der beiden Elemente des Kartellvertrages nach jeder Richtung. Nach ihm ist „die Kartellbindung die materielle, die Organisation die formelle Seite eines und desselben Rechtsverhältnisses" (Sp. 675). Letzterer sieht auch in den „Kartellverpflichtungen" der rechtlichen Koalition „Mitgliedschaftspflichten, Teile der Mitgliedschaft" in der jeweils gewählten Organisationsform und bezeichnet es als

„nicht ersichtlich, wieso gerade sie einer anderen Art angehören und eine andere rechtliche Behandlung erfahren sollen“ (S. 378).

4. Blum geht auf die Frage nach der rechtlichen Natur der „eigentlichen Kartellbindung“ nicht ausdrücklich ein. Seine Ausführungen über die Kündigung von Kartellverträgen (S. 12, 83 ff.) aber zeigen seine grundsätzliche Übereinstimmung mit der Theorie Friedländers.

5. Isay (Isay-Tschierschky S. 110 ff., 265 ff.) nennt die „Loslösung des Kartellvertrages“ aus dem Rahmen seiner rechtlichen Organisation „eine reine Fiktion“ und vertritt — wie Jacusiel — den Standpunkt, „daß die beiden angeblich selbständigen Rechtsverhältnisse (rechtliche Organisation und rechtliche Koalition) in Wahrheit eine untrennbare Einheit bilden“. Darüber hinaus aber verneint Isay die Anerkennung einer rechtlichen Selbständigkeit der eigentlichen Kartellbindung selbst dann noch, wenn die Annahme eines Vertragstyps eigener Art für die rechtliche Koalition als zutreffend unterstellt wird. In diesem Fall könne nur — wie bei gemischten Verträgen — „in erster Linie der juristische Aufbau des gesamten Rechtsverhältnisses, und soweit danach eine Teilung überhaupt möglich ist, nach § 139 BGB. der Wille der Parteien über die Frage der rechtlichen Selbständigkeit von Vertragsteilen entscheiden“. (S. 112, 266).

6. Die Kritik der in Ziffer 1—5 vertretenen Lösungen hat auszugehen von der eigenartigen Technik des Gesetzgebers ein Bruchstück des Kartellrechts durch eine Reihe von teils öffentlich-rechtlichen, kartellpolizeilichen, teils vorwiegend privatrechtlichen Vorschriften zu regeln. Wird durch diese Erinnerung insbesondere der Gedanke lebendig, daß die KartVO. keineswegs als eine „Kodifikation des Kartellprivatrechts“ (vgl. Isay-Tschierschky S. 109 Anm. 25) zu werten ist, daß sie das „ungeschriebene Kartellrecht“ nicht beseitigt, vielmehr umgekehrt „einer Ergänzung durch die Grundsätze und Vorschriften des neben ihr geltenden Rechtes bedarf“ (Lucas, DJZ. 1925, 39), so müssen alle die oben genannten Versuche den Wirkungskreis der KartVO. über ihren unmittelbaren Zweck hinaus zu erweitern bedenklich erscheinen. Der Zweck der deutschen Kartellverordnung aber — wie von Tschierschky (Isay-Tschierschky S. 43) erläutert wird — ist weder die Regelung noch die Unterbindung der Monopolorganisationen als solcher, sondern lediglich die Bekämpfung ihrer Auswirkungen, die Verhinderung des „Mißbrauchs wirtschaftlicher Machtstellungen“. Durchaus zweckentsprechend beschränkt sich daher die KartVO. — wie Isay S. 109 selbst hervorhebt — „in privatrechtlicher Beziehung auf einige Sondervorschriften, welche die Kartellaufsicht und die kartellpolizeilichen Einwirkungen zu unterstützen geeignet sind“. Wird darüber hinaus auch — vgl. S. 48 I b — der Kartellbegriff zu

einem Rechtsbegriff des Privatrechts erhoben und werden gleichzeitig einige besonders vordringliche Fragen des materiellen Kartellrechts einer einheitlichen und von der jeweiligen Organisationsform unabhängigen Regelung unterzogen, so geht es doch nicht an dieser privatrechtlichen Bestimmungen halber die KartVO. über die rechtliche Koalition hinaus auch auf die rechtliche Organisation der Kartelle anwenden zu wollen. Das würde bedeuten, die KartVO. so auszulegen, wie sie sein könnte oder sein sollte, nicht aber so, wie sie tatsächlich ist; würde heißen eine Regelung vorwegnehmen, die einer späterer Zeit vorbehaltenen Kartellrechtskodifikation zu überlassen ist.

aa) Im einzelnen ist zunächst Lehnich-Fischer entgegenzuhalten, daß auch bei Kartellen, die nicht in der Form einer juristischen Person errichtet sind, Organisation und Koalition zu trennen sind. Allerdings wird die Rechtsform eines solchen Kartells durch die Herausnahme der eigentlichen Kartellbindung zu einem inhaltlosen Gerippe, das für sich allein nicht weiter bestehen kann. Allerdings kommen sich im praktischen Effekt die von Lehnich-Fischer und die hier vertretene Lösung sehr nahe. Dennoch ist es theoretisch etwas ganz anderes, wenn — beispielsweise — ein Kartell in der Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach §§ 4 Abs. I Ziff. 1, 7 Abs. I S. 1 KartVO. „durch den Beschluß des Kartellgerichts" (Lehnich-Fischer S. 205 Anm. 5a) als Ganzes vernichtet wird, oder wenn die Nichtigkeitserklärung nur die eigentliche Kartellbindung erfaßt, die Gesellschaft aber sich sodann deshalb auflöst, weil eine Erreichung ihres Zwecks in der vereinbarten Weise unmöglich geworden ist. § 726 BGB. vgl. RGRK. §§ 726 Anm. 2; 275 Anm. 2. Darüber hinaus aber ist auch bei nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Kartellen der Fall denkbar, daß trotz des Wegfalls der rechtlichen Koalition die rechtliche Organisation des Kartells fortbesteht. Und gerade dieser Fall ist es auch, der die Notwendigkeit der Beschränkung der Anwendung der KartVO. auf die eigentliche Kartellbindung bei Kartellen jeder Rechtsform kommentiert. Der Tatbestand, der bereits das Kartellgericht beschäftigte (KG. S. 11), ist der, daß sich auf einer gemeinsamen rechtlichen Organisation sowohl eine Kartellbindung als auch eine durchaus neutrale Zweckbindung (Fachverband, Arbeitgeberverband) aufbauen. Soll hier, weil z. B. das Kartell in volkswirtschaftlich nicht gerechtfertigter Weise die Preise steigert, der Beschluß des KG. zugleich mit der Vernichtung der Kartellbindung und der gemeinsamen Organisation auch den Fachverband beseitigen? Das alles — nach Lehnich-Fischer deshalb — weil die Organisationsform keine juristische Person ist! Selbst Friedländer gibt hier (S. 57) — entgegen seiner sonstigen Ansicht — zu, daß „zunächst nur die eigentliche Kartellbindung der KartVO. untersteht". „Unter Umständen" allerdings will

Friedländer auch in diesem Fall die Anwendung der KartVO. auf die Organisation bejahen, dann nämlich, „wenn die Kartellzwecke die überwiegenden sind" (S. 58). Isay (Isay-Tschierschky S. 134) geht noch über Lehnich-Fischer hinaus. Er unterwirft alle Bindungen, die sich einer wie auch immer organisierten Kartellkoalition anreihen, der KartVO. Wird dieser Standpunkt damit begründet, daß „man anderenfalls wieder zu dem selbständigen Kartellvertrag gelangt", so wird man die Konsequenz anerkennen, mit der Isay die einmal vertretene Theorie durchführt. Für die von ihm selbst aber (S. 115) trefflich formulierte Auslegungsmaxime der KartVO. für den Satz, daß „eine praktisch brauchbare Auslegung jeder anderen vorzuziehen, wenn sie nur mit dem Text der KartVO. vereinbar ist", daß „diese erst recht eine formalistische Handhabung am allerwenigsten duldet", bildet diese Folgerichtigkeit kein Beispiel. — Außer dem „gemischten Kartellvertrag" zeugt gegen Lehnich-Fischer auch der für ihre Theorie charakteristische Dualismus, der bald Organisation und Koalition, bald nur die letztere der KartVO. subsumiert. Die rechtliche Natur der eigentlichen Kartellbindung wird dadurch unsicher. Im Rahmen einer juristischen Person erscheint sie rechtlich selbständig, bei anderen Organisationsformen steht und fällt sie mit diesen. Darauf endlich, daß sogar der Grundstein schwankt, auf dem sich die Lehre Lehnich-Fischers aufbaut, daß es „gesetzestechnisch doch sehr bedenklich scheint aus einer solchen Unterscheidung zwischen ‚juristischer Person' einerseits und ‚Vertrag oder Beschluß' andererseits derartige Folgerungen zu ziehen", hat Friedländer (S. 268) bereits hingewiesen.

bb) Der kartellrechtlich wenig gerechtfertigten, doppelseitigen Lösung der Frage nach der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung i. S. Lehnich-Fischers sind die anderen, unter Ziff. 2—5 angeführten, in ihren Grundzügen übereinstimmenden Theorien vorzuziehen. Sie behandeln die rechtliche Koalition bei allen Organisationsformen einheitlich, lehnen jedoch die Anerkennung ihrer rechtlichen Selbständigkeit ab und vertreten die Anwendung der KartVO. auf Organisation und Koalition der Kartelle. Die gleiche Richtung, in der sich diese Lehren bewegen, sowie ihre im wesentlichen einheitliche Argumentation gestatten es, die Kritik dieser Theorien auf die Ausführungen ihres konsequentesten Verfechters — Isay — zu beschränken und ihm gegenüber den gegensätzlichen Standpunkt dieser Untersuchung zu begründen.

α) Für die Beschränkung der Anwendung der KartVO. auf die eigentliche Kartellbindung spricht die historische Entwickelung. Sie zeigt, daß schon das ältere Kartellrecht neben die starre, mitunter zwingend geregelte Organisationsform der Kartelle mit Vorliebe eine flüssigere, einer dispositiven Regelung zugänglichere Bindung

zu stellen suchte, die den rechtlichen Rahmen für die eigentlichen Kartellverpflichtungen abgeben und eine sonderrechtliche Behandlung ermöglichen sollte. Die Rechtsformen der Doppelgesellschaft und der Nebenleistungs-G. m. b. H. sind deutliche Beispiele dieser Versuche mit dem Vorteil einer straffen, rechtlichen Organisation die Vorzüge einer von ihr losgelösten, lockeren Koalition zu verbinden. Betrachtete vollends Kaufmann (Sächs. Arch. 1912 S. 409 ff.) mit Zustimmung Flechtheims (S. 292) gelegentlich der Untersuchung der Kündbarkeit der Kartell-G. m. b. H. aus wichtigem Grund das die Kartellverpflichtungen enthaltende Sonderleistungsverhältnis als „selbständiges Rechtsverhältnis innerhalb der Organisationsform“, so war mit dieser Theorie bereits die Regelung vorweg genommen, die nach der hier vertretenen Auffassung durch die KartVO. de lege lata sanktioniert wurde. Zuzustimmen ist daher auch Blum, der S. 101 betont, daß „man die Untersuchungen Kaufmanns ohne weiteres auf die Fälle übertragen könne, in denen nunmehr eine G. m. b. H. auf Grund der KartVO. gekündigt wird.“ Isay muß S. 268 Anm. 61 die selbständige Kündbarkeit der Nebenleistungspflichten nach dem Inkrafttreten der KartVO. ihrer „inneren Berechtigung“ verlustig erklären, die gegenteilige Ansicht gestattet es in der KartVO. die folgerichtige Fortentwickelung der Lehren Kaufmanns und Flechtheims zu erblicken.

β) Die Beschränkung der KartVO. auf die „eigentliche Kartellbindung“ ergibt sich ferner aus dem gemeinen, d. h. dem neben ihr geltenden Recht. Der Überblick über die rechtliche Organisation der Kartelle (vgl. S. 38 ff. I a) zeigte, daß — mit alleiniger Ausnahme der Einheits-G. m. b. H. — die in der Praxis für Kartellzwecke verwendeten Organisationstypen bereits nach den allgemeinen Bestimmungen des BGB. aus wichtigem Grund gekündigt werden konnten. Insoweit also bestand keinerlei Veranlassung eine Möglichkeit, die schon auf Grund allgemeiner Rechtssätze geboten war, durch die §§ 8 und 1 KartVO. nochmals sonderrechtlich zu bieten. Vielmehr hätte es genügt eine dem § 723 I, 2 BGB. entsprechende Vorschrift für die Kartelleinheits-G. m. b. H. zu erlassen. Beschritt die KartVO. diesen Weg nicht, sondern ließ sie einerseits die grundsätzliche Unkündbarkeit der G. m. b. H. unberührt, gab aber andererseits in ihrem § 8 für alle „Verträge und Beschlüsse der im § 1 bezeichneten Art“ ein fristloses Kündigungsrecht aus wichtigem Grund, so folgt aus dieser Regelung — wenn anders man der KartVO. nicht eine teils höchst überflüssige Wiederholung geltender Rechtssätze, teils eine tief einschneidende und weit über ihre Zwecke hinausgehende Änderung des GmbHG. unterstellen will — die notwendige Beschränkung der KartVO. auf die von der jeweiligen Organisation losgelöste „eigentliche Kartellbindung“ (vgl. Lucas, DJZ. 1925, 43). Ein Blick auf das ältere, „ungeschriebene“ Kartellrecht be-

stätigt die hier vertretene Meinung. Wurde dort in Ermangelung des erst durch die KartVO. ins Leben gerufenen Rechtsbegriffes der „eigentlichen Kartellbindung“ die de lege ferenda erhobene Forderung der Anerkennung eines fristlosen Kündigungsrechtes aus wichtigem Grund für alle Kartellformen auch auf die rechtliche Organisation bezogen, so war man sich doch darüber einig, daß nicht die jeweils gewählte Organisationsform, sondern nur der sie erfüllende kartellrechtliche Inhalt, d. h. die typischen Kartellpflichten die Gewährung dieses Kündigungsrechts verlangten (vgl. Tschierschky „Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht“ S. 76; Isay-Tschierschky S. 56). Flechtheim S. 43 forderte dieses Kündigungsrecht als Gegengewicht gegen jede die gewerbliche Freiheit auf längere Zeit einschränkende „Kartellverpflichtung“. Für „Kartellverpflichtungen“ war nach Isay S. 197 die rechtspolitische Notwendigkeit eines solchen Kündigungsrechts seit jeher anerkannt. Immer also erschien das Kündigungsrecht als „Korrelat der Kartellpflichten“ (Flechtheim S. 44), aber auch nur dieser! Unverständlich wäre es daher — auch vom Standpunkt des älteren Kartellrechts aus gesehen — wenn die KartVO. einerseits die typischen Kartellpflichten in der eigentlichen Kartellbindung zu einem Rechtsbegriff des Privatrechts erheben, andererseits aber „den Akt, durch den das Kartell entsteht und die Durchführungsmaßnahmen im § 1 auf gleichem Fuße behandeln“ und im § 8 einem „völlig außerhalb des Zweckes und Rahmens der KartVO. liegenden Kündigungsrechts“ (Lucas a. a. O.) ultra petita partium unterwerfen sollte. Gerade die Konsequenzen in der Kündigungsfrage begründen in Verbindung mit der Stellungnahme des älteren Kartellrechts eine Beschränkung der „Verträge und Beschlüsse der in § 1 bezeichneten Art“ auf die eigentliche Kartellbindung.

γ) Die Beschränkung der KartVO. auf die eigentliche Kartellbindung folgt — last not least — aus der KartVO. selbst. Versteht man mit Isay (Isay-Tschierschky S. 122 Anm. 1) unter „Verträgen“ i. S. des § 1 Organisation und Koalition der Kartelle und deutet man die Sachlage dahin, „daß wenn ein Gesellschaftsvertrag typische Kartellverpflichtungen enthält, neben den für ihn geltenden Vorschriften des BGB. oder GmbHG. auch die Vorschriften der KartVO. Anwendung finden“ (Isay-Tschierschky S. 112), so führt die im § 1 KartVO. erfolgte Gleichstellung von „Verträgen und Beschlüssen“ zu merkwürdigen Ergebnissen. „Verträge“, insbesondere der Gründungsvertrag, bzw. der körperschaftsrechtliche Gesamtakt, durch den das Kartell ins Leben gerufen wird, „enthalten“ zumeist nicht nur die Regelung der rechtlichen Organisation, sondern begründen gleichzeitig „Verpflichtungen“ i. S. des § 1 KartVO. Nicht so die „Beschlüsse“! Als „Durchführungsmaßnahmen“ (Isay-Tschierschky S. 122) behandeln sie jeweils nur einen kleinen Ausschnitt der vielen durch die Existenz des

Kartells gegebenen Rechtsbeziehungen, der mitunter — nach einer schon äußerlich erkennbaren Scheidung — entweder der rechtlichen Organisation oder der rechtlichen Koalition angehört. Isay trennt daher auch die Beschlüsse in „verpflichtende" (kartellverpflichtende) und „rechtsgestaltende" (organisatorische). Letztere aber können auch durch eine weitgehende Auslegung nicht mehr als Beschlüsse i. S. des § 1 KartVO. gewertet werden. Isay (Isay-Tschierschky S. 129) entzieht sie ausdrücklich der KartVO. Wie aber, wenn durch einen derartigen „rechtsgestaltenden" Beschluß eine Bestimmung getroffen, geändert, aufgehoben wird, die ursprünglich dem Gesellschafts-„Vertrag" überlassen wurde? Wie z. B., wenn im Statut der Einheits-G. m. b. H. ein Geschäftsführer bestellt, dieser aber später durch Gesellschaftsbeschluß abberufen wird (§§ 6 Abs. I, 38 Abs. I, 46 Ziff. 5 GmbHG.)? Dann unterliegt — nach der Theorie Isays — die Bestellung des Geschäftsführers, weil im Gesellschaftsvertrag geregelt, der KartVO., denn der Gesellschaftsvertrag „enthält" ja auch die „eigentliche Kartellbindung". Die Abberufung des Geschäftsführers aber fällt nicht mehr unter die KartVO., denn sie geschah durch einen nur auf die Organisation bezüglichen Beschluß. Da die Abberufung des im Statut bestellten Geschäftsführers als solche niemals Statutenänderung ist (vgl. Brodmann, GmbHG. § 53 Anm. 1 S. 200), kann man auch nicht auf dem Umweg über den Gesellschaftsvertrag wiederum zu einer Anwendung der KartVO. gelangen. Dieses sehr sonderbare Ergebnis zeigt deutlich, daß das Anwendungsgebiet der KartVO. ebenso wie bei den „Beschlüssen" auch bei den „Verträgen" auf die eigentliche Kartellbindung zu beschränken ist, soll sich nicht ein — wenn auch gegenüber Lehnich-Fischer erheblich gemilderter — Dualismus wiederum daraus ergeben, daß organisatorische Bestimmungen, wenn sie im Kartellvertrag geregelt sind, unter die KartVO. fallen, wenn sie beschlossen werden, dagegen der KartVO. entzogen sind.

Das gleiche Mißverhältnis zwischen vertraglich geregelter und beschlossener Organisation findet sich bei Isay naturgemäß wieder bei dem auf § 1 fußenden § 8 KartVO. Auch hier ist Isay (Isay-Tschierschky S. 207) gezwungen, nur Beschlüsse der im § 1 bezeichneten Art, d. h. nur solche, „welche Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, über Geschäftsbedingungen oder Preise enthalten", für kündbar zu erklären, alle „rein organisatorischen Beschlüsse" dagegen auszuscheiden. Ließe sich gegebenenfalls aus einer im Vertrag geregelten organisatorischen Bestimmung ein wichtiger Grund ableiten, so wäre nach Isay § 8 gegeben. Würde eine beschlossene organisatorische Bestimmung einen solchen Grund abgeben, wäre § 8 ausgeschlossen. Sicherlich entspricht es der ratio legis und der von Isay aufgestellten Auslegungsmaxime (vgl. S. 52) besser,

die Frage nach der Anwendbarkeit der KartVO. auf die rechtliche Organisation der Kartelle nicht nach dem formellen Gesichtspunkt, ob vertragliche oder beschlußmäßige Regelung, zu beantworten, sondern konsequent zu verneinen.

Letzteres folgt endlich auch daraus, daß Isay selber trotz aller Argumentation gegen die „Loslösung der typischen Kartellverpflichtungen aus dem Rechtsverhältnis, aus dem sie erwachsen", seine Theorie der „untrennbaren Einheit" von Organisation und Koalition nicht durchführen kann, ohne im Falle des § 2 KartVO. der gegenteiligen Auffassung ein sehr bedeutsames Zugeständnis zu machen. „Soll man — fragt Isay (Isay-Tschierschky S. 151) — hier (wenn das Kartell als eingetragener Verein oder als G. m. b. H. gegründet ist und sich die Mitglieder gegenseitig das Ehrenwort gegeben haben, die Kartellpflichten getreulich zu erfüllen), die absolute Nichtigkeit des Vereins oder der G. m. b. H. annehmen, trotz ihrer Eintragung im Vereins- bzw. Handelsregister? Das würde mit dem öffentlichen Glauben des Registers und der rechtsbegründenden Kraft der behördlichen Eintragung schwer verträglich sein ... Vielmehr wird man die Nichtigkeit hier auf die ehrenwörtlich bekräftigten Kartellverbindlichkeiten beschränken. Die juristische Person als solche dagegen sowie die Ansprüche auf Leistung der Stammeinlagen bzw. auf die zur Deckung der Schulden erforderlichen Vereinsbeiträge bleiben bestehen". Diese Durchbrechung des Grundsatzes der „untrennbaren Einheit" ist um so bemerkenswerter, als die sich „hier ergebende Schwierigkeit" nicht — wie Isay zu Unrecht annimmt — durch § 139 BGB. gelöst wird. § 2 KartVO. geht, wie oben (vgl. S. 22) bereits erwähnt wurde und Isay (Isay-Tschierschky S. 150 Anm. 3) zugibt, insofern über die bisherige Rechtsprechung hinaus, als er nicht nur die ehrenwörtliche Bekräftigung, sondern auch die ehrenwörtlich bekräftigte Bindung für nichtig erklärt (vgl. Lehnich-Fischer S. 199 f.; Haußmann-Holländer S. 33 Anm. 2). Damit aber ist § 139 BGB. nur mehr geeignet die Nichtigkeit des ganzen Kartells, nicht aber den Fortbestand der Organisation zu begründen — wenn anders nicht etwa behauptet werden wollte, daß anzunehmen sei, eine „Kartell-G. m. b. H. würde auch ohne „Kartellbindung" errichtet werden. Die Bedenken, die Isay einer absoluten Nichtigkeit entgegenbringt, sind durchaus gerechtfertigt. Eine befriedigende Lösung aber bietet nicht § 139 BGB., sondern die Beschränkung der KartVO. auf die eigentliche Kartellbindung, denn nur diese Ansicht führt zu dem Ergebnis, das Isay unzutreffend aus § 139 BGB. abzuleiten sucht, und nur sie wird dem Wortlaut der KartVO. gerecht, die in den §§ 2 und 8 wörtlich übereinstimmend auf § 1 Bezug nimmt und es daher nicht gestattet „Verträge der im § 1 bezeichneten Art" bald auf die rechtliche Organisation der Kartelle auszudehnen (Isay § 1 und § 8), bald auf die „eigentliche Kartellbindung" zu beschränken (Isay § 2).

Den in Ziff. 2—5 genannten Theorien der teils bei allen, teils bei gewissen Organisationsformen gegebenen „untrennbaren Einheit" von Organisation und Koalition der Kartelle wird vom Kartellgericht und zum Teil auch in der Kartellrechtsliteratur widersprochen.

7. Das Kartellgericht (KG. S. 1, 2, 3, 4, 9, 45) hat in interessanter Entwickelung zunächst die Anwendung der KartVO. „auf Kartelle, Syndikate und ähnliche Abmachungen aller Art und zwar ohne jede Rücksicht auf die für die bezeichneten Vereinigungen gewählte rechtliche Organisationsform" (KG. S. 1) bejaht und sodann die Loslösung der rechtlichen Koalition von der rechtlichen Organisation vollzogen, indem es seinen Standpunkt in der Kündigungsfrage dahin präzisierte, daß „die eigentliche Kartellbindung" zwar einen Bestandteil des Organisation und Koalition umfassenden Kartellvertrages bildet, auf Grund der Vorschriften der KartVO. aber für sich allein gekündigt werden kann. „Es fallen unter den § 8 KartVO. — führt das Kartellgericht (KG. S. 9) aus — nur solche Verträge, die Verpflichtungen über die Handhabung der Erzeugung oder des Absatzes, die Anwendung von Geschäftsbedingungen, die Art der Preisfestsetzung oder die Forderung von Preisen, d. h. die typischen Kartellbindungen und -verpflichtungen enthalten. Nur diese vertragsmäßigen Kartellbindungen, die den Inhalt des Kartellvertrags bestimmen, will die KartVO. der Kündigung unterwerfen und nur von ihnen will sie, sofern ein wichtiger Grund vorliegt, das durch den Kartellvertrag gebundene Mitglied befreien." Es unterliegt keinem Zweifel, daß diese Theorie einerseits den Zweck des Gesetzes erreicht, andererseits die Einfügung der Vorschriften der KartVO. in die allgemeinen Sätze des BGB. und GmbHG. ermöglicht. Nicht zuletzt spricht für diesen Standpunkt die Praxis, die „auch einer nochmaligen Prüfung der Frage keinen Anlaß bot, von dieser Entscheidung abzugehen" (KG. S. 45).

8. Lucas (DJZ. 1925, S. 42) pflichtet der Ansicht des Kartellgerichts bei und führt zutreffend aus, daß man wohl nicht bestreiten könne, „daß § 1 KartVO. in Verbindung mit § 8 die Kündigung eines Vertrages nur insoweit zuläßt, als dieser die in § 1 aufgeführten besonderen Kartellpflichten enthält" — wobei es dahingestellt bleiben dürfe, den so verstandenen Kartellvertrag i. S. des § 1 KartVO. für ein „contractum sui generis" zu erklären (Lucas, DJZ. 1924, S. 425).

9. Breslauer-Tschierschky (K.R. Heft 7/8, 1924, Beil. S. 16) sehen mit Lucas in dem Kartellvertrag i. S. der KartVO. „eine neue selbständige Vertragskategorie" und leiten (S. 15) deren „Rechtscharakter eigener Art" ab aus ihrem „besonders umschriebenen Inhalt", ihrem besonderen „Formzwang", ihrer Unterordnung unter „ein über die privatrechtliche Zulässigkeit hinaus-

gehendes Kündigungsrecht" sowie unter eine sonderrechtlich geregelte „behördliche Nichtigkeitserklärung" und endlich auch aus der „Notwendigkeit, eine einheitliche Grundlage für den Rechtsbereich der KartVO. und für die Zuständigkeit der zur Entscheidung berufenen Organe (Verwaltung, Kartellgericht, Gerichte, Schiedsgerichte) zu schaffen" (S. 16).

10. Haußmann-Holländer S. 27 ff. treten ebenfalls für eine Beschränkung der KartVO. auf die „eigentliche Kartellbindung" ein und entwickeln ihre Theorie einheitlich für alle Organisationsformen der Kartelle in der richtigen Erkenntnis, daß die Streitfrage nach dem Anwendungsgebiet der KartVO. sich keineswegs auf die Rechtsform der Einheits-G. m. b. H. beschränkt, sondern darüber hinaus bei allen Organisationsformen der Kartelle in Erscheinung tritt und nur für alle Organisationsformen der Kartelle einheitlich beantwortet werden kann. Demgemäß unterstellen Haußmann-Holländer bei allen Kartellen jeweils nur die rechtliche Koalition dem Sonderrecht der KartVO., während die rechtliche Organisation — bei der Einheits-G. m. b. H. nicht anders wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts — von der KartVO. unberührt bleibt. Die Argumente, die für diese Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" sprechen, werden durch Haußmann-Holländer durch den Hinweis auf die „Vermögenszusammenfassung" bereichert, die in Verbindung mit der rechtlichen Organisation der Kartelle nicht dem Kartellsonderrecht, sondern dem gemeinen Recht, „den für die einzelne Rechtsform geltenden Bestimmungen (BGB.; GmbHG.; HGB.)" untersteht, „die als kapitalistische Beteiligung an der Kartellgesellschaft fortbestehen kann, auch wenn die Kartellbindung auf Grund der Sondervorschriften der KartVO. aufhört" (S. 28).

11. Die Kritik der in Ziff. 7—10 genannten Ansicht führte zu einer Reihe von interessanten Auseinandersetzungen über die Theorie der „untrennbaren Einheit" auf der einen und die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" auf der anderen Seite (vgl. KG. S. 9 und Lucas, DJZ. 1924, S. 425 ff.; dagegen Friedländer S. 47 ff.; dagegen Haußmann-Holländer S. 28 f.; dagegen Friedländer, K.R. 1925, Heft 4 S. 156; ferner Lucas, DJZ. 1924, S. 425 ff.; dagegen Isay, DJZ. 1924, S. 965; dagegen Lucas, DJZ. 1925, S. 42; dagegen Isay (Isay-Tschierschky) S. 110 ff., 265.). Schien es oben (Ziff. 6 bb) im Rahmen dieser Untersuchung zweckmäßig die Kritik der Theorie der „untrennbaren Einheit" auf die Argumentation Isays zu beschränken, so soll auch hier des näheren nur auf die Argumente eingegangen werden, die Isay gegen die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" anführt. Diese Einschränkung ist unbedenklich, weil einmal hinsichtlich der

Kritik Friedländers auf die Entgegnung Haußmann-Holländers Bezug genommen werden kann und zum anderen Isay zu einer um so schärferen Stellungnahme gegen die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" gezwungen ist, als er seinen Standpunkt ohne die Zugeständnisse vertritt, die Friedländer (S. 112ff.; Isay-Tschierschky S. 267) der Gegenansicht einräumt.

aa) Isay (Isay-Tschierschky S. 111) wendet sich gegen die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" zunächst mit der Frage, wo im einzelnen der Trennungsschnitt zwischen der rechtlichen Organisation und der rechtlichen Koalition eines Kartells liege. Die Antwort, daß „nur die in § 1 KartVO. genannten typischen Kartellverpflichtungen die eigentliche Kartellbindung bilden", wird deshalb als unzutreffend bezeichnet, weil „üblicherweise auch noch Nebenbestimmungen über Vertragsstrafen, Auskunftspflichten und Schiedsgerichte vorhanden sind, deren Aufgabe in der Bestärkung und Sicherung teils der eigentlichen Kartellpflichten, teils der rechtlichen Organisation besteht." Daraus zieht Isay den Schluß, daß man „konsequenterweise" jeweils eine Doppelexistenz dieser Nebenbestimmungen im Zuge der Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" annehmen müsse, nämlich einmal eine selbständige Vertragsstrafe, Auskunftspflicht, Schiedsgerichtsbarkeit für „das eigentliche Gesellschaftverhältnis" und zum anderen eine ebensolche für „den Kartellvertrag". Daß diese Teilung der Nebenbestimmungen erhebliche Schwierigkeiten bietet, kann nicht bezweifelt werden. Dennoch spricht dieses Argument nicht gegen die Anerkennung eines rechtlich selbständigen Kartellvertrages, denn Isays Schluß ist nicht zwingend. Der erste Einwand, der gegen Isay zu erheben ist, muß die Methode betreffen, die Möglichkeit der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" auf Grund der Einheitlichkeit der Nebenbestimmungen zu bezweifeln und dergestalt a minore ad maius zu argumentieren. Können die eigentlichen Kartellverpflichtungen aus dem Rahmen des gesamten Kartellvertrages losgelöst werden, so ist es auch möglich, die mit dem Kartellvertrag auf das engste verbundenen Nebenbestimmungen zu teilen nach ihrer Beziehung auf die rechtliche Koalition einerseits, die rechtliche Organisation andererseits. Diejenigen Nebenbestimmungen, welche die rechtliche Koalition ausschließlich oder teilweise betreffen, unterliegen insoweit der KartVO. und nehmen teil an dem Schicksal der eigentlichen Kartellbindung. Die sich auf die rechtliche Organisation dagegen beziehenden Nebenbestimmungen werden von der KartVO. nicht betroffen. Eine Doppelexistenz der Nebeninstitutionen braucht deshalb nicht präsumiert zu werden. Man kann z. B. nach wie vor nur einen Schiedsvertrag bzw. nur ein Schiedsgericht annehmen, dessen Zuständigkeit sich innerhalb der durch die KartVO. gezogenen Grenzen

auf den ganzen Kartellvertrag erstreckt, so lange das Kartell als Ganzes besteht; dessen Zuständigkeit beschränkt wird, sobald die rechtliche Koalition endet. Die Zulässigkeit eines Schiedsvertrages unterliegt — abgesehen von der Voraussetzung des § 1025 ZPO. — nur der Beschränkung auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis und die sich daraus ergebenden Streitigkeiten (§ 1026 ZPO.). Nicht erforderlich aber ist — und das ist der zweite Einwand, der gegen Isay zu erheben ist —, daß dieses Rechtsverhältnis in allen seinen Teilen ein und demselben Gesetz untersteht. Wie es bisher niemals bezweifelt wurde, daß ein Syndikat sich hinsichtlich aller aus dem Syndikatsvertrag entspringenden Streitigkeiten einem Schiedsgericht unterwerfen konnte, obgleich die Vereinigung der Werkbesitzer als Gesellschaft bürgerlichen Rechts dem BGB., die Verkaufsstelle als AG. bzw. G. m. b. H. dem HGB. bzw. GmbHG. unterlag, so besteht auch künftig keine Veranlassung, die in der KartVO. sonderrechtlich geregelte eigentliche Kartellbindung und die nach den Bestimmungen des gemeinen Rechtes zu behandelnde rechtliche Organisation einem einheitlichen Schiedsgericht zu entziehen.

bb) In derselben Richtung bewegt sich die weitere Kritik Isays, die eine Loslösung der eigentlichen Kartellbindung von der rechtlichen Organisation deshalb bekämpft, weil „der Kartellvertrag durch Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschaft inhaltlich näher bestimmt und in gewissen Grenzen auch verändert werden kann". „Deutlicher — glaubt Isay (Isay-Tschierschky S. 112) – könne nicht gezeigt werden, daß die „Loslösung" des Kartellvertrages eine reine Fiktion ist. In derselben Richtung aber wird Isay, der hier den Kernpunkt der Kontroverse „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" oder „Untrennbare Einheit" berührt, widerlegt durch die bei der Analyse der Doppelgesellschaft geförderten Ergebnisse. Die Parallele zwischen der Doppelgesellschaft und der durch die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" bedingten Annahme einer doppelten Vergemeinschaftung in der rechtlichen Organisation einerseits, der rechtlichen Koalition andererseits bezeugt, daß eine in gewissen Grenzen anzuerkennende Unterwerfung des Kartellvertrages unter „Mehrheitsbeschlüsse der Gesellschaft" dessen rechtliche Selbständigkeit nicht ausschließt. War es bei der Doppelgesellschaft Flechtheims Bestreben und Verdienst der Einheitlichkeit des ganzen Kartellvertrages auf Grund seines einheitlichen wirtschaftlichen Zweckes (Flechtheim S. 31) Anerkennung zu verschaffen, trotz der rechtlich gegebenen „zwei juristisch selbständigen Organisationen" (Flechtheim S. 22), so führt die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" insoweit denselben Weg in umgekehrter Richtung. Galt es dort der wirtschaftlichen Einheit trotz rechtlicher Zweiheit gerecht zu werden, so gilt es hier der rechtlichen Zweiheit (Organisation und Koalition) trotz wirtschaftlicher Einheit Geltung zu ver-

schaffen. Auf Grund dieser Parallele ist es möglich, Isays Argument für die Theorie der „untrennbaren Einheit" mit derselben Begründung zu widerlegen, mit der Flechtheim die Einheitlichkeit der Organisationsform der Doppelgesellschaft rechtfertigte, ohne ihre charakteristische Zusammensetzung aus zwei juristisch selbständigen Organisationen zu bestreiten. Stellt Flechtheim (S. 31) für die Doppelgesellschaft des Rheinisch-Westfälischen Kohlensyndikats im einzelnen fest: „Die Beschlüsse der Organe des Zechenverbandes sind im Rahmen des Syndikatsvertrages für die AG. bindend.... Tatsächlich sind unstreitig die Beschlüsse der internen Willensorgane, nämlich der Versammlung der Zechenbesitzer und des Beirates für die AG. unmittelbar maßgebend", so entspricht dieses Argument genau dem Einwand Isays: „Welche Lieferungsbedingungen und welche Preise kraft des „Kartellvertrages" einzuhalten sind, das beschließt die Mitgliederversammlung des eingetr. V. oder der G. m. b. H." (Isay-Tschierschky S. 112). Daraus folgt, daß sich sehr wohl mit dem Hinweis auf eine gewisse Abhängigkeit der Verkaufsstelle von der Vereinigung der Werkbesitzer im Falle der Doppelgesellschaft, der rechtlichen Koalition von der rechtlichen Organisation im Falle der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung", die wirtschaftliche Einheitlichkeit des ganzen Syndikatsvertrages bzw. Kartellverhältnisses begründen läßt, nicht aber, daß wegen dieser „Einschaltung der Verkaufsstelle bzw. der rechtlichen Koalition in das geschlossene und einheitliche Gefüge gegenseitiger Rechte und Pflichten" (Flechtheim S. 31) die einzelnen Elemente des Syndikatsvertrages bzw. des Kartellverhältnisses ihrer rechtlichen Selbständigkeit verlustig gehen. Ebensowenig wie bei der Doppelgesellschaft die Verbindlichkeit der Beschlüsse der Gesellschaft bürgerlichen Rechts für die als AG. bzw. G. m. b. H. organisierte Verkaufsstelle etwas an deren rechtlichen Selbständigkeit ändert, insbesondere nicht die Anwendung des HGB. bzw. GmbHG. auf die Verkaufsstelle ausschließt, wird die rechtliche Koalition eines Kartells deshalb rechtlich unselbständig, weil gewisse Beschlüsse der rechtlichen Organisation sie inhaltlich „näher bestimmen" oder auch „verändern" können. Erst recht bleibt es natürlich trotz dieser internen Verknüpfung möglich die rechtliche Koalition, „losgelöst von ihrer jeweiligen Organisationsform" der KartVO. als der für sie gegebenen lex specialis zu unterstellen. Isays Argument spricht — um es zusammenfassend zu wiederholen — zwar dafür, daß Organisation und Koalition zusammen das Kartell als Ganzes und als wirtschaftliche Einheit bilden (nicht anders, wie die Verkaufsstelle und die Vereinigung der Werkbesitzer das Syndikat!), nicht aber dafür, daß diese Einheit rechtlich „untrennbar" ist, daß nicht jedes dieser beiden Elemente des Kartells „losgelöst von dem anderen" als selbständiges Rechtsverhältnis gewertet werden könnte.

Damit ist die für jede kartellrechtliche Untersuchung unerläßliche Vorfrage nach der rechtlichen Natur des Aggregats der typischen Kartellverpflichtungen i. S. des § 1 KartVO. beantwortet. Es wurde nach kritischer Abwägung der Theorie der „untrennbaren Einheit von Organisation und Koalition" und der Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung von der jeweils gewählten Organisationsform" und der für und gegen jede Theorie ins Feld geführten Argumente die letztere als zutreffend und allein den Anforderungen des modernen Kartellrechts entsprechend anerkannt und gegen neue Einwände verteidigt und durch neue Gesichtspunkte gefestigt. Im Ergebnis mit den unter Ziff. 7—10 genannten Meinungen übereinstimmend, sei die eigentliche Kartellbindung in der präzisen Fassung Breslauer-Tschierschkys (K. R. 1924, Heft 7/8 Beil. S. 16) „eine sonderrechtliche Obligation genannt, die aus den privatrechtlichen Schuldverhältnissen herausgehoben und als solche den vorgesehenen Abwehr- und Präventivmaßnahmen unterworfen wurde, ohne Rücksicht darauf, ob die Vertragschließenden ihre Rechtsbeziehungen nach innen und außen in eine besondere Rechtsform gekleidet und ob ihre Vereinbarungen zur Bildung einer juristischen Persönlichkeit in Gestalt eines Vereins, einer G. m. b. H., einer AG. oder einer Genossenschaft geführt haben."

b) Das Verhältnis der eigentlichen Kartellbindung zu den verschiedenen Formen ihrer rechtlichen Einkleidung ist mit der Loslösung der rechtlichen Koalition und ihrer alleinigen Unterordnung unter die KartVO. bereits gekennzeichnet. Organisation und Koalition stehen sich jeweils selbständig gegenüber. Erstere bleibt den Bestimmungen des gemeinen Rechts unterworfen. Letztere regeln die Sondervorschriften der KartVO. Die sich hieraus mitunter ergebenden Schwierigkeiten einer billigen Lösung entgegenzuführen, ist zwar ein der Rechtswissenschaft durch das neuere Kartellrecht gestelltes, aber kein typisch kartellrechtliches Problem. „Langer und mühsamer Arbeit aller Beteiligten wird es — nach Lucas (DJZ. 1925, S. 39) — bedürfen, um die Trümmer auszuräumen, die die KartVO. auf dem Felde ihrer Wirksamkeit zurückgelassen hat". Geht es aber dieser Schwierigkeiten halber nicht an auch die rechtliche Organisation der KartVO. zu unterstellen, so „verdient andererseits die rechtliche Sonderstellung und Sonderbehandlung der Kartellkoalition über den Rahmen der KartVO. hinaus Beachtung und Würdigung" (Breslauer-Tschierschky, K. R. 1924, Heft 7/8 Beil. S. 15). Die Richtung, in der sich das moderne Kartellrecht bewegt, findet eine interessante Parallele in anderen Erscheinungen des neueren Wirtschaftsrechts. Wird Isay (Isay-Tschierschky S. 266) bei seiner Argumentation gegen die Annahme einer auch gegenüber einem eingetr. V. oder einer G. m. b. H. selbständigen

rechtlichen Koalition sichtlich zu stark durch überkommene Vorstellungen und RG. 108, 23 beeinflußt, so bietet die Loslösung der eigentlichen Kartellbindung auch aus dem Gefüge dieser Organisationsformen einen weiteren, bedeutsamen Beitrag zu der „Lockerung des Begriffes der juristischen Person“ (vgl. Silberschmidt in LZ. 1925, S. 422 ff.).

B) Die Kündigung aus wichtigem Grund.

Das ursprüngliche Thema dieser Untersuchung „Rücktritt vom Kartell“ stellt sich nunmehr als Frage nach der Kündigung eines bestimmten Rechtsverhältnisses — der eigentlichen Kartellbindung — auf Grund einer bestimmten Gesetzesvorschrift — des § 8 KartVO. — dar. Ein Rückblick auf die bisherigen Darlegungen vermag zu zeigen, daß sich diese Verwandlung aus dem Wesen des „Dauernden Schuldverhältnisses“ im allgemeinen (vgl. § 3) und dem des „Kartellverhältnisses“ im besonderen (vgl. § 4 A) ergab. Konnte auf Grund der Unterordnung des Kartellbegriffes unter den Begriff des „Dauernden Schuldverhältnisses“ zunächst gezeigt werden, daß der „Rücktritt vom Kartell“ ausgeschlossen ist, an seine Stelle vielmehr die außerordentliche Kündigung zu treten hat, so vermochte die weitere Untersuchung des durch § 1 KartVO. neu geschaffenen Rechtsbegriffes der eigentlichen Kartellbindung“ darzutun, daß nunmehr bei jedem Kartell zwischen der dem gemeinen Recht unterliegenden „rechtlichen Organisation“ und der durch das Sonderrecht der KartVO. geregelten „rechtlichen Koalition“ — dem zu einer obligatio sui generis ausgestalteten Inbegriff der typischen Kartellpflichten — zu unterscheiden ist. Aus dieser Auflösung des Kartellverhältnisses aber in zwei rechtlich selbständige Elemente — ein rein kartellrechtliches und ein gemeinrechtliches — ergibt sich für diese Arbeit die Möglichkeit, die weitere Untersuchung des „Rücktritts vom Kartell“ auf die kartellrechtliche Seite des Themas zu beschränken, die Prüfung der sich nach der Lösung der rechtlichen Koalition für die rechtliche Organisation entwickelnden gemeinrechtlichen Fragen dagegen auszuschalten*). Ferner erübrigt sich dank der weitgehenden Klärung hier einschlägiger Fragen durch die Rechtsprechung des Kartellgerichts und die zahlreichen Arbeiten berufener Vertreter der Kartellrechtswissenschaft die vorliegende Arbeit im Folgenden in einen neuerlichen Kommentar zu § 8 KartVO. einmünden zu lassen. Vielmehr werden nur die grundlegenden Fragen der Kündigung der eigentlichen Kartellbindung — unter Ausscheidung des Kündigungsprozesses — und das der Kündigung nach § 8 KartVO. immanente Problem des „wichtigen Grundes“, dieses in seiner Relation zum „Dauernden Schuldverhältnis“, den weiteren Gegenstand dieser Untersuchung zu bilden haben und erforderlich und genügend sein, den mit dieser Arbeit gewollten Nachweis

*) Vgl. über diese Fragen nunmehr Loewenberg in ZHR. 89, 296 ff. (1927).

dafür zu erbringen, daß der mit dem „Rücktritt vom Kartell" erstrebte, wirtschaftliche Erfolg rechtlich auf dem Wege der „Kündigung der eigentlichen Kartellbindung" erreicht wird.

I. Die Kündigung.

a) Das Kündigungs-Subjekt.

„Kündigungssubjekt", d. h. Kündigender kann nach dem Wortlaut der KartVO. „jeder (an dem Vertrag der im § 1 Kart.-VO. bezeichneten Art) Beteiligte" sein. Dieser wenig scharfen gesetzlichen Kennzeichnung des Kündigungssubjekts gegenüber zwingt die logisch-systematische Prüfung des § 8 KartVO. zu einer doppelten Einschränkung.

1. „Beteiligter" an einem Vertrag nach § 1 KartVO. kann auch ein durch die eigentliche Kartellbindung nicht gebundener Dritter sein. Man denke hier insbesondere an die Rechtsfigur eines „berechtigenden" bzw. „echten" Vertrages zugunsten Dritter (§ 328 Abs. I BGB.), der im Kartellrecht in der konkreten Form eines „Kundenschutzvertrages" begegnen kann, den die einzelnen Kartellgenossen zugunsten eines durch die Kartellbindung selber nicht Gebundenen abschließen. Eine dem Wortlaut folgende Feststellung des Kündigungssubjekts müßte in diesem Fall und in ähnlichen Fällen, in denen drei „Beteiligte" zu unterscheiden sind, auch dem Dritten das Kündigungsrecht des § 8 KartVO. geben, müßte auch den Dritten — weil am Vertrag beteiligt — als „Kündigungssubjekt" anerkennen. Diese dem Sinn und Zweck des Kündigungsrechts (Korrelat der Kartell-„Pflichten"!) zuwiderlaufende wörtliche Auslegung wird indessen zutreffend von der Kartellrechtswissenschaft und Praxis übereinstimmend abgelehnt (vgl. Lehnich-Fischer S. 217 Anm. 2 zu § 8; Isay-Tschierschky S. 209 Anm. 11 zu § 8; Haußmann-Holländer S. 79 Anm. 7 zu § 8 und KG. S. 36). Mit Isay-Tschierschky S. 204 erachtet man das Kündigungsrecht für einen „Ausfluß der Mitgliedschaft" und ersetzt den weiteren Begriff „Beteiligter" durch den engeren Begriff „Mitglied". Werden darüber hinaus „Verträge der im § 1 bezeichneten Art" auf die eigentliche Kartellbindung beschränkt, so kann als „Kündigungssubjekt" zunächst jedes durch die eigentliche Kartellbindung gebundene Mitglied bezeichnet werden.

2. „Jeder" an einem Vertrag der im § 1 bezeichneten Art Beteiligte ist nicht „jeder — nach der Einschränkung zu 1. — schlechthin durch die Kartellbindung gebundene Kartellgenosse, sondern nur der unmittelbar, d. h. ohne Vermittelung durch eine Unterorganisation mitgliedschaftlich Beteiligte. Diese Einschränkung

ergibt sich aus der schuldrechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung — obligatio (!) sui generis (vgl. oben S. 49 ff. A II a — als einem „juris vinculum der zweckgebundenen Mitglieder" vgl. die zu 1. genannte Literatur).

Unter Verwertung der zu 1. und 2. erörterten, restriktiven Auslegung des Gesetzes darf „Kündigungssubjekt" genannt werden „jedes durch die eigentliche Kartellbindung unmittelbar gebundene Mitglied des Kartells".

Eine dritte Einschränkung, die Isay (Isay-Tschierschky S. 211) für das Kündigungssubjekt dahingehend macht, daß „nur dasjenige Mitglied kündigungsberechtigt sei, das selbst von den Umständen benachteiligt wird, welche die Kündigung rechtfertigen, soll hier — weil weniger das Kündigungs-„Recht" als den Kündigunds-„Grund" betreffend — unterbleiben.

b) Das Kündigungs-Objekt.

Die Frage nach dem Kündigungsobjekt, d. h. nach demjenigen Rechtsverhältnis, welches das Kündigungssubjekt durch die Kündigung lösen will, beantwortet § 8 KartVO. durch die Eingangsworte: „Verträge der im § 1 bezeichneten Art".

Wurde oben (vgl. S. 49 II a) die Feststellung der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung „die erste und wichtigste Aufgabe des neueren Kartellrechtes" genannt, so liefert diese Bezugnahme des § 8 auf § 1 KartVO. den Beweis dafür. Es zeigt sich, daß die fürs erste mehr nach der theoretischen Seite hinzuneigen scheinende Frage: „Loslösung" oder „Untrennbare Einheit" zugleich die größte praktische Bedeutung hat. Je nach der zu diesem Problem eingenommenen Stellung ergibt sich als „Kündigungsobjekt" entweder Organisation und Koalition, d. h. das Kartell als Ganzes oder die rechtliche Koalition allein, während die rechtliche Organisation des Kartells nicht berührt wird. Aus den vorangegangenen Erwägungen (vgl. S. 49 f.), aus der Kennzeichnung der rechtlichen Koalition als einer „obligatio sui generis" folgt, daß sich diese Untersuchung den Standpunkt zu eigen macht, der als „Verträge der im § 1 KartVO. bezeichneten Art" nur die rechtliche Koalition anerkennt. „Kündigungsobjekt" ist daher (zwangsläufig!) „die eigentliche Kartellbindung".

1. Wurde schon bei der Behandlung der Frage nach der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung darauf hingewiesen, daß der hier eingenommene Standpunkt der Beschränkung des „Kündigungsobjekts" auf die rechtliche Koalition auch von der Rechtsprechung des Kartellgerichts geteilt wird (vgl. S. 58), so sei in diesem Zusammenhang insbesondere noch hervorgehoben, daß diese Beschränkung in den neueren Entscheidungen des Kartellgerichts erfreulicherweise bereits im Urteilstenor zum Ausdruck kommt. Entgegen der älteren, indifferenten bzw. sogar

irreführenden Formel: „Die Kündigung war zulässig" bzw. „Die Kündigung der Mitgliedschaft (?) war zulässig" (vgl. KG. S. 9, 13, 30 bzw. 11, 29) lautet der Urteilsspruch des Kartellgerichts nunmehr dahin: „Die Kündigung der nach dem Gesellschaftsvertrag dem N. N. obliegenden Kartellverpflichtungen war zulässig" (vgl. KG. S. 45) oder „Die Kündigung der in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Kartellbindungen war zulässig" (vgl. KG. S. 46, 47, 48).

2. Die Bezugnahme des § 8 KartVO. auf „Verträge der im § 1 bezeichneten Art" und die dadurch gegebene innige Verbindung zwischen der Frage nach der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung und der Frage nach dem Kündigungsobjekt erklären ohne weiteres, daß bei der Feststellung des Kündigungsobjektes in der Kartellrechtsliteratur im einzelnen alle die Meinungsverschiedenheiten wiederkehren, die bei der Untersuchung der rechtlichen Koalition früher genannt wurden (vgl. S. 49 ff.). Während aber die mit dem hier eingenommenen Standpunkt der rechtlichen Selbständigkeit der als obligatio sui generis bewerteten eigentlichen Kartellbindung einig gehenden Schriftsteller ebenso einheitlich das „Kündigungsobjekt" auf die eigentliche Kartellbindung beschränken (vgl. z. B. Lucas in DJZ. 1925, S. 42; Haußmann-Holländer S. 81 Anm. 10 zu § 8), gehen die Ansichten der Vertreter der Theorie der „Untrennbaren Einheit" in der Frage nach dem Kündigungsobjekt auseinander.

aa) Folgerichtig übertragen Isay (Isay-Tschierschky S. 262 ff., Anm. 60 zu § 8), Jacusiel (LZ. 1924, S. 674 ff.) und Fagg (K. R. 1924 S. 378) die sich aus der Theorie der „Untrennbaren Einheit" ergebende Unterordnung der rechtlichen Organisation und Koalition unter § 1 KartVO. auf die Feststellung des Kündigungsobjekts. Letzteres ist jeweils das Kartell als Ganzes, gleichviel welche rechtliche Organisationsform zur Einkleidung der eigentlichen Kartellbindung verwendet wurde. Von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zur „Einheits-G. m. b. H.", ja selbst bis zur Doppelgesellschaft (Isay-Tschierschky S. 263) soll § 8 KartVO. die Grundlage für ein neues Kündigungsrecht bilden, ungeachtet des Umstandes, daß dieses außerordentliche Kündigungsrecht der rechtlichen Organisationsformen teils offene Türen einrennt (vgl. § 723 Abs. I S. 2 BGB.), teils zwingenden Vorschriften des geltenden Rechts widerstreitet (vgl. § 61 GmbHG. und Brodmann, GmbHG. S. 224 Anm. 1 Abs. II zu § 61).

Auf die Begründung dieser Erstreckung des „Kündigungsobjekts" auf die rechtliche Organisation näher einzugehen, ist nach den kritischen Erörterungen zu der Theorie der „Untrennbaren Einheit" (vgl. S. 51 ff.) hier um so weniger veranlaßt, als diese Auslegung der „Verträge der im § 1 KartVO. bezeichneten

Art" sich ebenso zwangsläufig aus der Unterordnung der rechtlichen Organisation und der rechtlichen Koalition eines Kartells unter § 1 KartVO. ergibt, wie umgekehrt die Beschränkung des Kündigungsobjekts auf die eigentliche Kartellbindung aus der Beschränkung des § 1 KartVO. auf die rechtliche Koalition gefolgert werden muß.

bb) Dieser konsequenten Durchführung der Theorie der „Untrennbaren Einheit" gegenüber machen Friedländer (S. 113, 149 ff.) und Blum (S. 101 f.) in der Frage nach dem „Kündigungsobjekt" weitgehende Zugeständnisse an die Lehre von der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" und deren Behandlung als sonderrechtliches Schuldverhältnis.

α) Nach Friedländer (S. 113) kann grundsätzlich das Kündigungssubjekt nach Belieben entweder nur die eigentliche Kartellbindung oder aber die eigentliche Kartellbindung und die rechtliche Organisation zusammen uno actu kündigen. Eine Rechtsgrundlage für dieses eigenartige Wahlrecht des Kündigungssubjektes gibt Friedländer nicht an, vielmehr wird dessen Existenz den tatsächlichen Verhältnissen (vgl. KG. S. 6) als faktische Notwendigkeit entnommen.

Die Bedenken, die Friedländer zu diesem Abbiegen von der Theorie der „Untrennbaren Einheit" verleiten, werden von dem in dieser Untersuchung eingenommenen Standpunkt aus voll und ganz geteilt. Der oben (vgl. S. 53) genannten und anerkannten Auslegungsmaxime Isays entspricht es auch, unter Umständen eine restlos konsequente Durchführung theoretischer Leitsätze zugunsten praktischer Brauchbarkeit und wirtschaftlicher Notwendigkeit zurückzustellen. Indessen wird man sich zu dieser Methode doch nur dann entschließen dürfen, wenn wirklich jene zwei Voraussetzungen gegeben sind, die Isay ausdrücklich als conditio sine qua non hervorhebt — nämlich einmal, daß jede andere Theorie eine gleichermaßen praktisch brauchbare Lösung nicht herbeiführt, und zum anderen, daß die durch Verzicht auf „graue Theorie" gefundene Lösung „nur irgend mit dem Text der VO. vereinbar ist". Daß diese beiden Voraussetzungen für die Feststellung des „Kündigungsobjekts" gegeben sind, kann indessen stark bezweifelt werden. Führt einerseits neben der von Friedländer vertretenen Theorie der „Untrennbaren Einheit" auch die in dieser Arbeit anerkannte Theorie der „Loslösung" zu einem praktisch brauchbaren Ergebnis, zu demselben Ergebnis nämlich in folgerichtiger Entwickelung, zu dem Friedländer durch ein Abbiegen der Theorie der „Untrennbaren Einheit" gelangt, so kann andererseits wohl nur schwerlich behauptet werden, daß die Auslegung Friedländers noch „nur irgend" mit dem Text der KartVO. vereinbar sei. Für letzteres genügt die Erwägung, daß eine Unterordnung von Organisation und Koalition

unter § 1 KartVO. (vgl. Friedländer S. 49) notwendig Organisation und Koalition — nicht nach Belieben des Kündigungssubjektes, sondern — zwangsläufig zum „Kündigungsobjekt" macht. „Kündigungsobjekt" sind nach dem Wortlaut des Gesetzes: „Verträge der im § 1 bezeichneten Art". Eine von der Begriffsbestimmung des § 1 abweichende Feststellung des Kündigungsobjektes widerspricht somit dem Gesetz.

β) Nach Friedländer (S. 149) und Blum (S. 101) „kommt bei der Organisationsform der Einheits-G. m. b. H. überhaupt nur die Kündigung des Sonderleistungsverhältnisses, also der Kartellbindung, in Betracht" bzw. „kann man die Untersuchungen Kaufmanns (Sächs. Arch. 1912, S. 409 ff.) und Flechtheims (S. 292, Nachtrag zu S. 97) über die Kündigung des Sonderleistungsverhältnisses ohne weiteres auf die Fälle übertragen, in denen die G. m. b. H. auf Grund der KartVO. gekündigt wird". So sehr dieses Ergebnis dem Standpunkt dieser Untersuchung und der Theorie der „Loslösung" entspricht (vgl. Isay-Tschierschky S. 267), so wenig paßt es zu der Theorie der „Untrennbaren Einheit". Das oben unter *α* des näheren Gesagte gilt auch hier.

cc) Für die Lehre Lehnich-Fischers wurde bei der Feststellung der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung als charakteristisches Merkmal der eigenartige Dualismus hervorgehoben, der sich daraus ergibt, daß § 1 KartVO. bei den mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Organisationsformen der Kartelle nur die rechtliche Koalition, bei den nicht in die Form einer juristischen Person gekleideten Organisationstypen dagegen Organisation und Koalition zusammen erfassen soll (vgl. S. 52). Aus der Bezugnahme des § 8 KartVO. auf § 1 KartVO. ergibt sich, daß diese variable Natur der Verträge der im § 1 KartVO. bezeichneten Art bei der Frage nach dem Kündigungsobjekt des § 8 Kart.-VO. wiederkehrt. Daher kommt es, daß wie bei dem Streit um die rechtliche Natur der eigentlichen Kartellbindung auch bei der Kontroverse über das Kündigungsobjekt die Lehre Lehnich-Fischers eine Brücke bildet zwischen der Theorie der „Untrennbaren Einheit" auf der einen und der Theorie der „Loslösung" auf der anderen Seite.

Nach Lehnich-Fischer (S. 217 ff.) bestimmt die rechtliche Organisation des Kartells das Kündigungsobjekt. Letzteres ist daher der gleichen Varietät unterworfen wie jene.

α) Bei nicht mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestatteten Organisationsformen ist Kündigungsobjekt: Organisation und Koalition des Kartells (Theorie der „Untrennbaren Einheit"). Gleiches gilt für die Doppelgesellschaft hinsichtlich der die eigentliche Kartellbindung enthaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts (nicht rechtsfähigen Vereins) vgl. Anm. 1 Ziff. 3 und 4 zu § 8 KartVO.

β) Bei juristischen Personen dagegen ist Kündigungsobjekt: Die rechtliche Koalition allein (Theorie der „Loslösung"). Vgl. Anm. 1 Ziff. 7 zu § 8 KartVO.

Auch bei Lehnich-Fischer folgt die Darstellung des Kündigungsobjekts aus der Stellungnahme zu dem durch § 1 KartVO. ins Leben gerufenen Problem der rechtlichen Natur der eigentlichen Kartellbindung. Kann daher hier im allgemeinen auf die oben (vgl. S. 52) erfolgte kritische Würdigung dieser Lehre Bezug genommen werden, so bildet im besonderen speziell die Frage nach dem Kündigungsobjekt einen zuverlässigen Prüfstein für jede zu § 1 KartVO. aufgestellte Theorie. Diese Funktion ergibt sich daraus, daß — wie oben erwähnt — im Falle des § 8 KartVO. die in dem vorwiegend theoretischen Streit um die rechtliche Natur der eigentlichen Kartellbindung ins Feld geführten Argumente ihre praktische Brauchbarkeit erweisen müssen. Bei dieser Prüfung zeugen gegen Lehnich-Fischer die außerordentlich einschneidenden Folgen, die sich nach ihrer Lehre aus einer formaljuristischen, letzten Endes nicht einmal unbestrittenen Unterscheidung zwischen „Gesamtakt" und „Vertrag" für die Wirtschaft ergeben (vgl. Friedländer S. 268). Daß Kartelle, die nicht in die Form einer juristischen Person gekleidet sind, nur als Ganzes, also bezüglich ihrer Koalition und Organisation, gekündigt werden können, daß mit der Kartellbindung zugleich auch die Organisation, die häufig gleichzeitige Trägerin eines Arbeitgeber- oder eines Fachverbandes, insbesondere die Trägerin der Vermögenszusammenfassung gelöst werden muß, entspricht ebensowenig den Belangen der Wirtschaft im allgemeinen und der „Bekämpfung wirtschaftlicher Machtstellungen" im besonderen wie die Vermeidung dieser Auswirkung der Kündigung und ihre Beschränkung auf die eigentliche Kartellbindung im Falle der (vielfach zufälligen) Wahl der Organisationsform einer juristischen Person. Der Versuch einen so wichtigen Begriff des neueren Kartellrechts, wie es das „Kündigungsobjekt" ist, nach einem dem Kartellrecht so fernab liegenden Kriterium — der rechtlichen Natur des Gründungsaktes einer juristischen Person — bestimmen zu wollen, ist in der Methode nicht überzeugend und im Ergebnis nicht befriedigend.

c) Der Kündigungs-Modus.

Außer der Bestimmung der Fristlosigkeit in § 8 Abs. I Kart.-VO. enthält die KartVO. keine, die Kündigung als solche näher regelnde Vorschrift. Daraus folgt, daß die „außerordentliche Kündigung" des § 8 KartVO. den allgemeinen Bestimmungen unterliegt und somit als eine formfreie, einseitige, empfangsbedürftige, bedingungs- und (weil „Kündigung auf sofort") befristungsfeindliche Willenserklärung zu betrachten ist.

1. „Formfrei" bedeutet freie Wahl des Erklärungsmittels durch den Erklärenden. Demgemäß kann eine nach § 8 KartVO. wirksame Kündigungserklärung in jeder beliebigen Form — vom bloßen (naturnotwendig schlüssigen) Schweigen bis zur öffentlichen Beurkundung erfolgen. Daß in dieser Freiheit der Wahl des Erklärungsmittels ein gesetzestechnischer Mangel im Hinblick auf die durch den Zugang der Kündigung gemäß § 8 Abs. III S. 2 KartVO. in Lauf gesetzte Frist verborgen liegt, wird mit zutreffender Begründung von Isay (Isay-Tschierschky S. 257 Anm. 57 zu § 8) hervorgehoben. Polarisierend wirkt indessen die den Kündigenden für den Zugang seiner Erklärung treffende Beweislast in Verbindung mit der strengen Forderung des Kartellgerichts (vgl. KG. S. 25 Ziff. 3), „daß gegenüber der außerordentlichen Tragweite des aus § 8 KartVO. gegebenen, an sich völlig formlosen Kündigungsrechts derartige Kündigungen so klar und unzweideutig auszusprechen sind, daß jedes Mißverständnis ausgeschlossen wird..".

„Formfrei" bedeutet aber auch die sich aus der Vertragsfreiheit ergebende Möglichkeit die eine oder andere Form für die Kündigungserklärung zu vereinbaren. Eine solche Vereinbarung über das Erklärungsmittel wird man ohne weiteres für zuläſſig erachten müſſen und darin keine Vereitelung oder Beeinträchtigung der Wirksamkeit der KartVO. i. S. des § 3 erblicken dürfen (vgl. Haußmann-Holländer S. 79 Anm. 8 zu § 8). Anders dagegen, wenn ein bestimmtes Erklärungsmittel weder vereinbart, noch in der Satzung vorgeschrieben, sondern einseitig durch die Kartelleitung festgesetzt wurde.

2. „Einseitig" ist die Willenserklärung naturgemäß deshalb, weil sie dem Willen nur einer Person Ausdruck verleiht, nur besagt, daß die eine durch die rechtliche Koalition gebundene Partei deren vorzeitige Beendigung erklärt (vgl. S. 31 Ziff. 2). In dieser Einseitigkeit der „vom Recht zu willensgemäßer Wirkung bestimmten Willenserklärung der Privatperson" (Sohm, Institutionen S. 237) liegt eine wesentliche, starke und mitunter gefährliche Eigenschaft des Rechtsgeschäfts der Kündigung. Offenbart sich diese Stärke der Einseitigkeit insbesondere dadurch, daß sie dem Willen jedes Erklärenden ohne Rücksicht auf die Verteilung wirtschaftlicher Kräfte rechtlich relevante Geltung verleiht, so liegt darin zugleich ein wichtiger Grund für die Eignung des Rechtsinstituts der Kündigung „im heutigen Recht das unentbehrliche Gegengewicht gegenüber der fortwirkenden Bindungskraft dauernder Schuldverhältnisse" (Gierke a. a. O. S. 380) zu sein. Der Gefahr, die dieser Einseitigkeit im Hinblick auf das nicht minder zu schützende Interesse des Erklärungsgegners und die Wahrung des obersten Grundsatzes der Vertragstreue innewohnt, begegnet die im einzelnen sehr kasuistische Regelung des Kündigungsrechts und der Kündigungsgründe; die KartVO. beugt einer mißbräuchlichen Verwertung

der Einseitigkeit durch das die Kündigung bedingende Tatbestandsmerkmal des „wichtigen Grundes“ und durch die Rechtsschutzgarantie des § 8 Abs. III vor.

3. „Empfangsbedürftig“ ist das notwendige, wenn auch nicht ausgleichende Korrektiv einer „einseitig“ die Rechtssphäre eines Anderen berührenden Willenserklärung. Genügt bereits — wie unter Ziff. 2 erörtert — die Willenserklärung nur einer Partei um eine willensgemäße Wirkung — hier die Lösung aus der rechtlichen Koalition — herbeizuführen, so muß der anderen Partei zumindest die Möglichkeit gegeben sein, von dieser Erklärung Kenntnis zu nehmen. Darin liegt ein doppeltes Erfordernis.

aa) Die Erklärung muß einem Anderen „gegenüber“ abgegeben werden (vgl. § 130 Abs. I S. 1 BGB.: Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, ...). Der Andere, der Erklärungsadressat, ist derjenige, dessen Rechtslage durch die Erklärung beeinflußt wird. Bei der Kündigung der eigentlichen Kartellbindung ist daher Erklärungsadressat jedes durch diese gebundene Mitglied des Kartells. Da aber — im Regelfall — an der Spitze der einzelnen Kartellgenossen eine „Kartellleitung“ bzw. ein „Kartellvorstand“ steht, erhebt sich die Frage, ob auch diese Vertreter oder Geschäftsführer des Kartells Erklärungsadressat sein können. Diese Frage wird von Kartellrechtslehre und Praxis übereinstimmend auch für den Fall bejaht, daß das Kartell keine juristische Person bildet (vgl. Friedländer S. 145; Isay-Tschierschky S. 258; Haußmann-Holländer S. 80; Blum S. 96; KG. S. 47, 55). Die Begründung für diese Stellungnahme liefert § 8 Abs. III S. 1 KartVO., der dadurch, daß er „einem Beteiligten“, also auch dem Vertreter oder Geschäftsführer des Kartells, das Recht gibt die Entscheidung des Kartellgerichts über die Zulässigkeit der Kündigung zu beantragen, diesen befähigt die Kündigung, die er (an das Kartellgericht) weiter-„geben“ kann, vorher entgegenzu-„nehmen“. Isay (Isay-Tschierschky S. 258) folgert dies aus der Parteifähigkeit des Kartells im Verfahren vor dem Kartellgericht. Indessen ist die Parteifähigkeit eine prozessuale Eigenschaft, die nur insofern mit dem materiellen Recht zusammenhängt, als „parteifähig ist, wer rechtsfähig ist“ (§ 50 Abs. I ZPO.). Die Frage nach der Empfangsfähigkeit der Kündigungserklärung dagegen ist eine rein materielle Rechtsfrage aus dem Recht der passiven Stellvertretung. § 164 Abs. III BGB.). Demgemäß ist die Folgerung der Vertreterstellung der Kartelleitung aus der Parteifähigkeit des Kartells im Kartellprozeß nicht schlüssig. Zwar wird man Isay (Isay-Tschierschky S. 114) zugeben, „daß das Kartell im Kartellstreitverfahren vor dem Kartellgericht als juristische Person behandelt und durch seine satzungsmäßigen Organe vertreten wird“, aber diese Vertretung besteht nur so lange und insoweit, als das Kartell „als juri-

stische Person behandelt wird", d. h. nur im Kartellprozeß. Im Zeitpunkt des Empfangs der Kündigungserklärung aber wird ein als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts organisiertes Kartell weder als juristische Person behandelt, noch im Empfang der Kündigungserklärung durch einen „geschäftsführenden" Gesellschafter vertreten. Daher wird man die Fähigkeit der Kartelleitung zum Empfang der Kündigungserklärung aus dem materiellen Recht abzuleiten haben, sei es, daß man der oben vertretenen Ansicht beipflichtet und § 8 Abs. III zur Begründung heranzieht, sei es, daß man mit Blum (S. 96) „gegebenenfalls eine stillschweigend getroffene Satzungsbestimmung dahingehend annimmt, daß eine Kündigungserklärung wirksam auch dem Geschäftsführer gegenüber abgegeben werden kann".

bb) Die Erklärung muß dem Anderen „zugehen" (vgl. § 130 Abs. I S. 1 BGB.: .... wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht). Der Begriff des „Zugangs" ist auch für die Erklärung der Kündigung der eigentlichen Kartellbindung der sich (für die empfangsbedürftige Willenserklärung unter Abwesenden und für die empfangsbedürftige, „verkörperte" Willenserklärung unter Anwesenden) auf der „Empfangstheorie" bzw. (für die empfangsbedürftige, „nicht verkörperte" Willenserklärung unter Anwesenden) auf der „Vernehmungstheorie" aufbauende Zugangsbegriff des BGB. In diesem Zusammenhang genügt daher die Erläuterung des „Zugangs" dahin, daß „die Kenntnisnahme" (des Inhalts der Erklärung) „durch den Adressaten möglich und diese Möglichkeit empirisch begründet sein muß" (Staudinger, BGB. § 130 Anm. 4), vgl. Isay-Tschierschky S. 258.

4. „Bedingungsfeindlich" ist die Kündigung schon nach den Regeln des bürgerlichen Rechts. Verträgt danach der mit der Kündigung verbundene Eingriff in die Rechtssphäre des Erklärungsgegners grundsätzlich keine Bedingung, so gilt dies um so mehr von der Kündigung der eigentlichen Kartellbindung angesichts des hier gegebenen, erhöhten Interesses der mitgebundenen Kartellgenossen an der Schaffung einer klaren Rechtslage (vgl. Friedländer S. 144; Isay-Tschierschky S. 257; Haußmann-Holländer S. 79; KG. S. 25, 27).

5. „Befristungsfeindlich" ist das kennzeichnende und unterscheidende Merkmal der „Kündigung auf sofort". Daß es sich im Falle des § 8 Abs. I KartVO. um diese Kündigungsspezies und zwar in der Form der „außerordentlichen Kündigung" (vgl. S. 36) handelt, spricht das Gesetz ausdrücklich aus. Im Hinblick auf den Eintritt der Kündigungswirkung liegt darin eine außerordentlich scharfe und mit der Rechtsschutzgarantie des § 8 Abs. III KartVO. nicht völlig harmonierende Regelung (vgl. S. 78).

d) Der Kündigungs-Effekt.

Der Streit um die rechtliche Natur der „Verträge der im § 1 bezeichneten Art" zieht zwangsläufig — wie oben S. 66 ausgeführt — das „Kündigungsobjekt" in seinen Bannkreis. Damit aber ist zugleich seine erneute Wiederkehr bei dem „Kündigungseffekt" begründet. Nach dem Standpunkt dieser Untersuchung ist „Kündigungsobjekt" nur die eigentliche Kartellbindung. Daraus folgt, daß „Kündigungseffekt" nur die Befreiung von dieser sein kann. Umgekehrt muß für denjenigen, der Organisation und Koalition des Kartells als „Kündigungsobjekt" betrachtet, das „Kündigungssubjekt" durch die Kündigung von dem Kartell als solchem, von der eigentlichen Kartellbindung nicht anders wie von der „Mitgliedschaft", der Beteiligung an der Vermögensmasse befreit werden. Ist diese zwiespältige Bestimmung des „Kündigungseffekts" aber — wie gesagt — lediglich die letzte Konsequenz des Streites um die rechtliche Natur der eigentlichen Kartellbindung, so ist hier nicht weiter von dieser Frage zu handeln, sondern auf das Bezug zu nehmen, was zu der Ursache der hier zu Tage tretenden Divergenz der Meinungen bemerkt wurde (vgl. S. 49 ff.). Wohl aber ist an dieser Stelle auf diejenigen Fragen einzugehen, die der „Kündigungseffekt" selbst aufwirft.

1. Die Individual-Wirkung der Kündigung.

Die Wirkung der Kündigung ist nicht immer und überall die gleiche, sondern differiert je nach den besonderen Bedürfnissen des als „Kündigungsobjekt" figurierenden Rechtsverhältnisses. Diese Wirkungsverschiedenheit der Kündigung ist naturgemäß keine spezifische Eigenschaft gerade dieses Rechtsgeschäfts, sondern folgt aus der universalen Anwendungsmöglichkeit der Kündigung bei Rechtsverhältnissen der verschiedensten Art. Wirkt daher z. B. die Kündigung des nicht rechtsfähigen Vereins nur individuell, d. h. scheidet hier das „Kündigungssubjekt" durch die Kündigung aus dem fortbestehenden Verein aus, während die Kündigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach der gesetzlichen Regel (§ 736 BGB. arg. e. contr.) mit genereller Wirkung ausgestattet ist, d. h. grundsätzlich die Gesellschaft auflöst, so ist diese Verschiedenheit des „Kündigungseffektes" keine Folge der Kündigung als solcher, sondern die Wirkung der Annäherung des bei der Gesellschaft vorherrschenden Gedankens der Gesamthandschaft an den Gedanken der Körperschaft bei dem Verein. Nicht die Kündigung begründet — m. a. W. — die Verschiedenheit des „Kündigungseffekts", sondern die Varietät des „Kündigungsobjekts". Diese Überlegung erklärt, weshalb die Vertreter der Theorie der „Untrennbaren Einheit" von Organisation und Koalition des Kartells gerade bei der Frage nach dem „Kündigungseffekt" so viel mit „Stillschweigenden Vereinbarungen" und „Zweckmäßigkeitserwägungen" arbeiten müssen, um trotz der Viel-

gestaltigkeit des „Kündigungsobjekts" des § 8 KartVO. — von der Gesellschaft bürgerlichen Rechts bis zu der Doppelgesellschaft variierend — zu der allein befriedigenden, einheitlichen Feststellung zu gelangen.

Anders die Vertreter der hier bevorzugten Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" von den verschiedenartigen Formen der rechtlichen Organisation des Kartells! Ist nach dieser Lehre die eigentliche Kartellbindung — vgl. S. 49 — „eine obligatio sui generis", so ist damit ein bei allen Organisationsformen konstant bleibendes „Kündigungsobjekt" und damit ein konstanter „Kündigungseffekt" ipso jure gegeben.

Nach dieser — von beiden Theorien anerkannten Notwendigkeit einer einheitlichen Feststellung des Kündigungseffekts nach § 8 Kart.-VO. bleibt noch die Frage zu entscheiden, ob diese Feststellung i. S. einer Individual- oder einer Generalwirkung der Kündigung zu treffen ist. Dabei wird — wie vorstehend ausgeführt — von dem als „Kündigungsobjekt" figurierenden Rechtsverhältnis auszugehen sein. Ist dieses nach der Lehre von der „Untrennbaren Einheit" Organisation und Koalition des Kartells, während die Lehre von der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung" nur diese als Kündigungsobjekt anerkennt, so ist die nähere Betrachtung der Argumentation dieser beiden konträren Theorien angesichts des verschiedenen Ausgangspunktes und übereinstimmenden Ergebnisses insbesondere interessant.

aa) Die Lehre von der „Untrennbaren Einheit" unterwirft der Kündigung nach § 8 KartVO. alle möglichen Organisationsformen, darunter auch diejenigen, die nach den allgemeinen Vorschriften durch eine Kündigung aufgelöst werden (vgl. §§ 723, 736 BGB., 61 GmbHG.). Demgegenüber gestattet weder die oben hervorgehobene Notwendigkeit einer einheitlichen Feststellung des „Kündigungseffekts" noch der nicht zu bezweifelnde individualistische Charakter des Kündigungsrechts nach § 8 KartVO. (vgl. hierzu die eingehende Begründung bei Fagg, K. R. 1924, Heft 7/8 S. 376 ff.), daß bei diesen Organisationsformen „ein Kartellmitglied von vielleicht verschwindend geringer Bedeutung aus einem nur in seiner Person liegenden Grunde ein umfangreiches und für die Wirtschaft bedeutungsvolles Kartell sollte sprengen können" (Fagg S. 376). Daher muß hier der Generalwirkung der Kündigung entgegengetreten werden. Bietet dazu das „Kündigungsobjekt" — nach der hier behandelten Lehre die einzelnen Organisationsformen — keine Handhabe, setzen vielmehr die allgemeinen Vorschriften in den beiden vorgenannten Fällen der Kartellgesellschaft bürgerlichen Rechts und der Kartell-G. m. b. H. als „Kündigungseffekt" ausdrücklich die Auflösung, also generelle Wirkung, fest, so erübrigt sich nur mehr der Versuch aus dem Rechtsgeschäft der Kündigung selbst die gewollte individuelle Wirkung abzuleiten. Demgemäß

streben die Vertreter der Einheitstheorie den Nachweis dafür zu erbringen, daß die Kündigung nach § 8 KartVO. eine „Kündigung sui generis", d. h. eine von der Kündigung des gemeinen Rechts verschiedene, bei allen Organisationsformen gleichmäßig und ausschließlich individuell wirkende Kündigung sei (vgl. Lehnich-Fischer S. 219 Anm. 2 zu § 8). „§ 8 enthält eine ‚Sonderrechtsnorm' für Kündigungen. Folge hiervon ist, daß lediglich der Kündigende bei Wirksamkeit der Kündigung aus dem Kartell ausscheidet." — Fagg (zit. S. 379) „Das Kündigungsrecht des § 8 KartVO. ist ein besonderes, aus dem Zwecke der VO. zu verstehendes Individualrecht, das über das Kündigungsrecht des allgemeinen Rechts insofern hinausgeht, als es auch dort eingreift, wo nach allgemeinem Recht eine Kündigung nicht zulässig ist, das aber andererseits in seiner Wirkung hinter der Kündigung des allgemeinen Rechts zurückbleibt, indem es als Individualrecht nur eine Liquidation der Einzelbeteiligung des Kündigenden, nicht aber des ganzen Gemeinschaftsunternehmens herbeiführt". — Isay (Isay-Tschierschky S. 263 Anm. 60 zu § 8): „Die Wirkung einer Kündigung nach §§ 4 und 8 besteht in dem Ausscheiden des kündigenden Mitglieds, nicht in der Auflösung des Kartells". Mit dieser Feststellung ist für die Vertreter der Theorie der „Untrennbaren Einheit" die Individualwirkung der Kündigung nach § 8 KartVO. bewiesen.

Kritisch ist zu dieser Argumentation zu bemerken, daß es gerade in bezug auf den Effekt eine solche „Kündigung sui generis" gar nicht gibt. Vielmehr wird — wie oben zu der Notwendigkeit der einheitlichen Feststellung des Kündigungseffekts ausgeführt — die Frage, ob mit genereller oder individueller Wirkung gekündigt wird, nicht von der Kündigung, sondern von demjenigen Rechtsverhältnis, das gekündigt wird, von dem „Kündigungsobjekt" beantwortet. Eine „abstrakte", d. h. eine ohne Rücksicht auf das „Kündigungsobjekt", wenn auch nach „Zweck und Struktur" (Fagg S. 376) der KartVO. erfolgende Feststellung des „Kündigungseffekts" ist nicht angängig. Legt man aber der Frage nach der Wirkung der Kündigung das Kündigungsobjekt — nach der Theorie der „Untrennbaren Einheit" die verschiedenen Organisationsformen und die eigentliche Kartellbindung — zugrunde, so ergibt sich, daß mit Individualwirkung nur der nichtrechtsfähige und der rechtsfähige Verein sowie die eingetragene Genossenschaft (diese aber nicht fristlos! §§ 65 Abs. II, 70 Abs. II GenG.) gekündigt werden können. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts — auch als Komponente der Doppelgesellschaft — wird nach der gesetzlichen Regel mit Generalwirkung gekündigt, indessen ist vertragliche, im Kartellrecht häufig als stillschweigend vereinbart anzunehmende Individualwirkung möglich (§ 736 BGB., Blum, S. 97). Völlig unzugänglich dagegen ist für die Individualwirkung die Kündigung der G. m. b. H. (§ 61

GmbHG.). Für die Lehre von der „Untrennbaren Einheit“ folgt daraus, daß die Annahme einer einheitlichen Individualwirkung der Kündigung nach § 8 KartVO. ebenso unvereinbar mit § 61 GmbHG. bleibt wie die „Kündigung der G. m. b. H.“ nach § 8 KartVO. überhaupt (vgl. oben S. 69 und Wunderlich: „Die Kartellverordnung und die G. m. b. H.“ in GmbHR. 1923, S. 354).

bb) Die Theorie der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung“ geht bei der Begründung des Individualeffekts der Kündigung nach § 8 KartVO. von dem besonderen, der Organisationsform entkleideten Schuldverhältnis, von der „obligatio sui generis“ aus. Sie prüft zunächst, ob inhaltlich dieses Schuldverhältnis durch eine Bindung von Person zu Person erschöpft wird, oder ob über die Verpflichtungen nach § 1 KartVO. hinaus eine wechselseitige Verknüpfung dieser Verpflichtungen, eine „zentrale Tendenz“ zum Inhalt des neugeschaffenen Vertragstyps „Kartellvertrag“ gehört. Dabei wird zwar einerseits der Feststellung Breslauer-Tschierschkys (K. R. 1924, Heft 7/8 Beil. S. 18) „daß es nicht genügt, wenn Verpflichtungen nach § 1 KartVO. den Gegenstand von selbständigen Individualverträgen darstellen, daß es sich vielmehr um Verbindlichkeiten gesellschaftlicher Natur handeln muß“ beizupflichten, andererseits aber hervorzuheben sein, daß dieser „gesellschaftlichen Natur“ des Kartellvertrags halber noch keine Veranlassung besteht den grundsätzlichen Generaleffekt der Kündigung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts und den sich darin offenbarenden Gesamthandsgedanken auf das Schuldverhältnis der eigentlichen Kartellbindung zu übertragen. Diese Ansicht findet eine Stütze bei Silberschmidt: „Das gesellschaftsähnliche Rechtsverhältnis“ (ZHR. 79, S. 471 f.), woselbst ausgeführt wird, daß die Vorschriften über die Kündigung — wenngleich sie auch als „Folge des vertrauensvollen Zusammenwirkens zu dem gleichen Zwecke“ bezeichnet werden können, — „zum erheblichen Teile ganz allgemein mit der längeren Dauer eines Schuldverhältnisses zusammenhängen“ und dieserhalb zwar die Kündigung als solche, nicht aber auch der grundsätzliche Generaleffekt als eine „derjenigen gesetzlichen Bestimmungen, die gerade für das besondere Rechtsgebilde der Gesellschaft bestimmend und bezeichnend sind“, auf Rechtsverhältnisse „gesellschaftlicher Natur“ zu übertragen ist. Ferner spricht für die hier vertretene Meinung die oben erwähnte Gepflogenheit auch bei eigentlichen Kartellgesellschaften den Fortbestand der Gesellschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters als — wenn nicht ausdrücklich, dann stillschweigend — vereinbart zu betrachten. Ist damit für die „Verträge der im § 1 KartVO. bezeichneten Art“, für das konstante Kündigungsobjekt der Lehre von der „Loslösung der eigentlichen Kartellbindung“ festgestellt, daß sie eine individuelle Wirkung der Kündigung nicht nur gestatten, sondern — mangels jeder anders lautenden Vorschrift — sogar verlangen, so ist dadurch

zugleich die Frage, ob nach der KartVO. die Kündigung des einzelnen Kartellgenossen die Auflösung des ganzen Kartells zur Folge hat (vgl. Fagg S. 376), verneint. Daß diese Antwort aus dem „Kündigungsobjekt" und nicht aus einer besonderen Interpretation des abstrakten und an sich im Effekt indifferenten Rechtsinstituts der Kündigung abgeleitet werden konnte, scheint ein weiterer, nicht unerheblicher Vorteil der Theorie der „Loslösung".

2. Der Eintritt der Kündigungswirkung.

Die Kündigung nach § 8 KartVO. ist — wie im Gesetz ausdrücklich hervorgehoben wird — „fristlos", d. h. „sie bewirkt nicht künftiges, sondern sofortiges Erlöschen des Schuldverhältnisses" (Gierke a. a. O. S. 384; vgl. oben S. 73). Diese Wirkung tritt mit dem Zugang der Kündigungserklärung ein. Für die Rechtsschutzgarantie des § 8 Abs. III folgt daraus, daß die Entscheidung des Kartellgerichts nur deklaratorische Bedeutung besitzt, nur feststellt, daß die Kündigung zulässig war (vgl. Lehnich-Fischer S. 220 Anm. 4 zu § 8; Friedländer S. 148; Breslauer T. u. W. 1924, S. 47; Jacusiel, LZ. 1924, S. 680; Lucas, DJZ. 1925, S. 40; Blum S. 92 ff.; Haußmann-Holländer S. 80 Anm. 9 zu § 8; KG. S. 1 und ff.

Zwei heterogene Elemente — die „befristungsfeindliche" Kündigung „auf sofort" nach Abs. I und das erst binnen einer zweiwöchentlichen Antragsfrist auszulösende, kartellgerichtliche Verfahren nach Abs. III — werden durch § 8 KartVO. miteinander verbunden. Das Resultat dieser Verbindung ist weder in rechtlicher noch in tatsächlicher Hinsicht befriedigend.

aa) In rechtlicher Beziehung ist zu erwägen, daß Voraussetzung der Kündigung auf sofort ihre Zulässigkeit, Folge die sofortige Wirkung ist. Durch § 8 Abs. III KartVO. aber wird die Zulässigkeit einer gerichtlichen „Nach"-Prüfung und zwar erst dann unterworfen, wenn die Kündigung auf sofort erklärt, ihre Wirkung somit bereits eingetreten ist. Damit wird die Entscheidung über die Zulässigkeit der Kündigung hinter den Eintritt der Kündigungswirkung zurückgestellt, Voraussetzung und Folge der Kündigung auf sofort in zeitlicher Reihenfolge vertauscht.

bb) Praktisch ergibt sich aus dieser gesetzlichen Regelung, daß kein Kündigender wagen kann, die Wirkung der Kündigung auf sofort ab sofort zu unterstellen, sofern er sich nicht der Gefahr einer seine Kündigung als unzulässig deklarierenden, die antizipierte Kündigungswirkung ex tunc vernichtenden und ihn damit zum Schadensersatz verpflichtenden Entscheidung des Kartellgerichts aussetzen will (vgl. Breslauer T. u. W. 1924, S. 48).

cc) An konstruktiven Besserungsversuchen der lex lata fehlt es nicht. Insbesondere hält Isay seine bereits auf der Kartell-

tagung der deutschen Industrie am 16. November 1923 vertretene Ansicht über den erst mit dem Urteilsspruch des Kartellgerichts eintretenden Kündigungseffekt aufrecht (vgl. K. R. 1923, S. 249 und Isay-Tschierschky S. 261 f.). Isay geht dabei von dem Gedanken aus, daß nach dem Wegfall der Notwendigkeit eines unter Umständen jahrelang zu verfolgenden Instanzenzuges der Eintritt der Kündigungswirkung unbedenklich auf die Entscheidung des Kartellgerichts abgestellt, diese also mit konstitutiver Wirkung bekleidet werden könnte. Die Vorteile dieser Konstruktion, „daß stets klare Verhältnisse gegeben sind", „daß der Kündigende bis zum Ablauf der Antragsfrist nach § 8 Abs. III Kart.-VO. bzw. bis zur Entscheidung des Kartellgerichts Mitglied bleibt" und der im Kartellrecht doppelt lästige „Schwebezustand" vermieden wird, liegen auf der Hand. Dennoch muß Isays Konstruktion ein de lege ferenda zu erhebendes Postulat bleiben, geltendes Recht ist sie nicht (vgl. Lehnich-Fischer S. 220; Breslauer T. u. W. 1924, S. 47; Jacusiel, LZ. 1924, S. 680; Blum S. 93; Lucas, DJZ. 1925, S. 41; Haußmann-Holländer S. 80).

Gegen Isay zeugen Inhalt und Wortlaut des § 8 KartVO.

a) Inhaltlich konstituiert § 8 Abs. I KartVO. das fristlose Kündigungsrecht jedes Beteiligten. Irgendeine Form für diese Kündigung ist nicht vorgeschrieben, geschweige denn bestimmt, daß „durch gerichtliches Urteil" (vgl. §§ 133 Abs. I HGB.; 61 Abs. I GmbHG.) die Kündigungswirkung auszusprechen wäre. Eine solche Vorschrift aber kann auch nicht stillschweigend gewollt sein, nicht aus der von Isay als weiteres Beweismittel angeführten „Tendenz unserer gesamten Rechtsentwickelung: Die an einen begrifflich nicht scharf abzugrenzenden Tatbestand geknüpfte Rechtswirkung erst dann eintreten zu lassen, wenn das Gericht das Vorhandensein des Tatbestands festgestellt hat" (Isay, Gutachten zu § 8 KartVO. K. R. 1924, S. 2) entnommen werden. Dabei soll und kann die Tendenz als solche nicht bestritten, an den für sie angeführten Beispielen nicht gezweifelt werden. Dennoch wäre eine Übertragung der erst mit der Rechtskraft des Urteils eintretenden Wirkung der Nichtigkeit einer mit Gründungsmängeln behafteten AG. oder G. m. b. H. (§§ 309, 272 f. HGB.; 75 GmbHG., 272 f. HGB.), eines angefochtenen Generalversammlungsbeschlusses (§§ 271 ff. HGB.), eines zu Unrecht erteilten Patentes (§ 10 PatG.), bzw. der Kündigung einer offenen Handelsgesellschaft (§ 133 HGB.), Kommanditgesellschaft (§§ 161 Abs. II, 133 HGB.), G. m. b. H. (§ 61 GmbHG.) sowie eines Mietverhältnisses in den Fällen der §§ 2—4 MSchG. (§ 1 MSchG.) auf die Kündigung nach § 8 KartVO. nicht Analogie, sondern Paralogie. Das ergibt eine vergleichende Gegenüberstellung der vorstehend genannten, eine Auflösung bestehender Rechtsverhältnisse durch konstitutives

Urteil bestimmenden Vorschriften auf der einen Seite mit der Bestimmung des § 8 KartVO. auf der anderen. § 133 Abs. I HGB. sagt: „... die Gesellschaft kann aufgelöst werden ... ohne Kündigung durch gerichtliche Entscheidung"; § 61 GmbHG. bestimmt: „Die Gesellschaft kann durch gerichtliches Urteil aufgelöst werden ..."; § 1 MSchG. erklärt: „Mietverhältnisse ... können ... aufgehoben werden. Die Aufhebung erfolgt ... durch gerichtliches Urteil". Demgegenüber besagt § 8 Abs. I KartVO.: „Jeder Beteiligte kann fristlos kündigen ....". Damit wird — wie gerade der Gegensatz: Dort „durch gerichtliche Entscheidung" — Hier „Kündigung" erkennen läßt — das Rechtsinstitut der Kündigung als das vom Gesetzgeber gewollte Lösungsmittel bezeichnet, eine Konkurrenz mit einer Lösung durch Rechtsgestaltungsurteil aber ausgeschlossen. Letzteres folgt aus der Erwägung, daß neben dem — bei der befristeten Kündigung mit dem Ablauf der Kündigungsfrist, bei der Kündigung auf sofort mit dem Zugang der Kündigungserklärung — eintretenden Kündigungseffekt kein Raum für eine Rechtsgestaltung durch Richterspruch bleibt. Argumento e contrario wird dieses unmögliche Nebeneinander von Kündigung und Rechtsgestaltungsurteil gerade durch das MSchG. (RGBl. Teil I, 1923, S. 353; 1926, S. 347) erläutert, dessen Grundgedanken Kiefersauer (Grundstücksmiete 1. Teil: Mieterschutz und Wohnungsmangel S. 11) zutreffend „in der grundsätzlichen, wenn auch nicht ausnahmslosen Beseitigung des vertraglichen und gesetzlichen Kündigungsrechts des Vermieters und der Einführung der Aufhebungsklage" findet. Dabei deckt es sich durchaus mit dem hier eingenommenen Standpunkt, wenn Kiefersauer S. 23 Anm. 3 zu § 1 MSchG. ausführt, daß „Aufhebung des Mietverhältnisses" die „Beendigung des Mietverhältnisses auf Klage gemäß §§ 2—4 des Gesetzes" bedeutet, demgemäß nicht hierunter fällt die Aufhebung des Mietverhältnisses durch „Kündigung" u. a., daß vielmehr (S. 23 Anm. 4 zu § 1) „soweit die Aufhebungsklage Platz greift, die vom Vermieter ausgesprochene Kündigung rechtsunwirksam", also keine Kündigung ist. Besagt die Umkehrung dieses Satzes aber nichts anderes, als daß „die ausgesprochene Kündigung insoweit rechtswirksam ist, als die Aufhebungsklage nicht Platz greift", so bietet auch das MSchG. einen Beweis dafür, daß eine rechtswirksame Kündigung nach § 8 Abs. I KartVO. unvereinbar ist mit der Annahme einer rechtgestaltenden Wirkung der Entscheidung des Kartellgerichts nach § 8 Abs. III KartVO. Die Ansicht Isays (Isay-Tschierschky S. 261), daß „bis zum Ablauf der Frist, bzw. bis zur Entscheidung des Kartellgerichts der Kündigende Mitglied mit allen Rechten und Pflichten ist", scheitert daran, daß der Kündigung auf sofort diejenige Wirkung immanent ist, die nach dem mehrfach genannten Wort Gierkes den Lebensfaden des Kündigungsobjekts „plötzlich" abschneidet.

β) Diese Auslegung des § 8 KartVO. findet eine doppelte Stütze in dem Wortlaut des Gesetzes. Die zunächst in die Augen fallende, gegen die Annahme einer rechtsgestaltenden Wirkung des Urteils des Kartellgerichts zeugende Bestimmung ist § 8 Abs. III, S. 1 KartVO. „Darüber, ob die Kündigung zulässig war, entscheidet im Streitfall das Kartellgericht auf Antrag eines Beteiligten". In der Tat ist es vornehmlich das vom Gesetzgeber gewählte Tempus der Vergangenheit, das die Zulässigkeit der Kündigung in das Imperfekt kleidende Zeitwort „war", das Isay von den Vertretern einer nur deklaratorischen Entscheidung des Kartellgerichts entgegengehalten wird (vgl. Lehnich-Fischer S. 220 Anm. 4 zu § 8; Friedländer S. 148c; Breslauer in T. u. W. 1924, S. 47 Sp. 1; Lucas in DJZ. 1925, 40; Blum S. 93, 95; Haußmann-Holländer S. 80 Anm. 9 zu § 8). Richtig ist an den sich auf diese Fassung berufenden Ausführungen, daß der Wortlaut zu der Annahme einer deklaratorischen Bedeutung der Entscheidung des Kartellgerichts über die Zulässigkeit der Kündigung nach § 8 Abs. I und II KartVO. zwingt. Richtig aber ist auch die Replik Isays (vgl. Isay-Tschierschky S. 262), daß mit dieser Fassung nur der Augenblick bezeichnet wird, für den das Kartellgericht die Frage nach dem Vorhandensein eines wichtigen Grundes zu untersuchen hat, also der Augenblick, in welchem die Voraussetzungen der Kündigung vorliegen müssen: Die Kündigung muß zulässig gewesen sein, als sie erklärt wurde. Demgemäß wird man die Frage nach dem zeitlichen Eintritt der Kündigungswirkung nicht zuletzt mit dem Hinweis auf die (logisch notwendige) Verlegung der „Voraussetzung" (vgl. S. 78) der Kündigung in die Vergangenheit beantworten dürfen, sondern vornehmlich aus der den Gegenstand der Entscheidung des Kartellgerichts bestimmenden Formulierung die Lösung ableiten müssen. Man wird sich m. a. W. bei der kritischen Betrachtung des Wortlauts des § 8 Abs. III, S. 1 KartVO. nicht primär auf die Entscheidung des Kartellgerichts darüber berufen, „ob die Kündigung zulässig war", sondern darüber, „ob die Kündigung zulässig war". Und wenn man bei dieser Betrachtung sodann notwendig und in voller Übereinstimmung mit Isay (Isay-Tschierschky S. 262) zu dem Ergebnis kommt, daß dieser Wortlaut nichts über den Eintritt der Kündigungswirkung besagt, vielmehr lediglich die Zulässigkeit der Kündigung zum Gegenstand der kartellgerichtlichen Entscheidung macht, so wird man sich doch nur sehr schwer entschließen können, Isay noch weiter zu folgen und mit ihm aus diesem Wortlaut den Schluß zu ziehen, daß dieserhalb der Richter völlig „frei" über den Eintritt der Kündigungswirkung befinden könne. Zieht man die sehr zahlreichen Fälle der Kündigung auf sofort bei anderen dauernden Schuldverhältnissen vergleichsweise heran (vgl. die Zusammenstellung bei Gierke a. a. O. S. 384 Anm. 46) und erinnert man sich der unstreitig deklara-

torischen Wirkung der dort über die Zulässigkeit der Kündigung ergehenden Entscheidungen (aus dem BGB. seien hier nur die §§ 626, 671 Abs. III, 696 S. 2, 723 Abs. I, S. 2 und 3 genannt!), so erscheint die Deduktion des erst mit der Entscheidung des Kartellgerichts erfolgenden Eintritts der Kündigungswirkung aus der Tatsache, daß § 8 KartVO. über diesen Eintritt nichts besagt, kaum mehr erlaubt. Alle die vorgenannten Paragraphen enthalten über den Eintritt der Kündigungswirkung nicht mehr und nicht weniger als der § 8 KartVO. — nicht mehr, d. h. sie sagen nicht, wann die Kündigung wirksam wird, nicht weniger, d. h. sie gewähren die Kündigung auf sofort und legen dadurch — vgl. die Ausführungen unter *a* — auch den Eintritt der Kündigungswirkung fest.

Das Ergebnis also ist folgendes: § 8 Abs. I KartVO. gewährt die Kündigung auf sofort mit der ihr immanenten Wirkung ab sofort. § 8 Abs. III S. 1 KartVO. unterwirft die „Zulässigkeit — d. h. eine Voraussetzung der Kündigung nach § 8 Abs. I — der Nachprüfung des Kartellgerichts. Dieses entscheidet, ob die Voraussetzung gegeben, ob — wie der Wortlaut richtig wiedergibt — „die Kündigung zulässig war". Aufgabe des Kartellgerichts ist also nicht durch seine Entscheidung die bisherige Rechtslage zu verändern oder neu zu gestalten, sondern festzustellen, ob eine solche Veränderung oder Gestaltung der Rechtslage durch das Rechtsinstitut der Kündigung auf sofort zulässig oder unzulässig war. Damit ist die Entscheidung des Kartellgerichts zur Genüge als deklaratorisch gekennzeichnet, der mit dem Zugang der Kündigungserklärung erfolgende Eintritt der Kündigungswirkung aus dem Inhalt und Wortlaut der KartVO. abgeleitet.

dd) Ein praktisches Korrektiv des aus dem Hysteron-Proteron von Wirkungseintritt und Zulässigkeitsprüfung nach § 8 Abs. I und III S. 1 KartVO. entstehenden „Schwebezustands" bietet § 35 der VO. über das Verfahren vor dem Reichswirtschaftsgericht (vgl. §§ 22 KartVO. und 1 der VO. über das Verfahren vor dem Kartellgericht), demzufolge der Vorsitzende bzw. das Gericht selbst in jeder Lage des Verfahrens bis zum (Urteil, hier:) Beschluß einstweilige Anordnungen erlassen kann. Eine solche Anordnung, die sich nach Breslauer T. u. W. 1924, S. 47 „im allgemeinen darauf zu beschränken hat, der Kündigung bis zur Erledigung des Rechtsstreits vor dem Kartellgericht die Wirksamkeit abzusprechen", führt de lege lata nahe an die de lege ferenda zu fordernde Lösung Isays heran.

II. Der wichtige Grund.

Die Kennzeichnung der Kündigung nach § 8 KartVO. als eine u. a. einseitige Willenserklärung bot Anlaß darauf hinzuweisen, daß ganz allgemein die Möglichkeit ein auf bestimmte Zeit eingegangenes Schuldverhältnis durch die Erklärung nur einer Partei

vorzeitig und auf sofort zu beenden eine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue und einen Widerspruch gegen den Satz „Pacta sunt servanda" enthält (vgl. S. 71 Ziff. 2). Dennoch erscheint eine solche Möglichkeit, wie sie das Rechtsinstitut der außerordentlichen Kündigung bietet, in den Fällen ein unabweisbares Bedürfnis, in denen die Befreiung eines Verpflichteten von der Fessel einer nicht mehr zumutbaren Bindung dem „richtigen Recht" näher kommt als die Aufrechterhaltung eines einmal abgeschlossenen Vertrages. Diese Fälle im einzelnen zu erkennen, ist zunächst Sache der beteiligten Parteien, im Streitfall Aufgabe des entscheidenden Gerichts. Ein Kriterium für die hier vorzunehmende Abwägung konkurrierender Interessen und zugleich ein Präventiv gegen eine Verwendung dieser Möglichkeit einseitiger Lösung zum Vertrags-„bruch" bietet der die Anwendung der außerordentlichen Kündigung bedingende „wichtige Grund".

Der Versuch den Begriff des wichtigen Grundes in eine scharf umrissene Formel zu kleiden, soll hier aus den gleichen Gründen unterbleiben, die offenbar auch den Gesetzgeber von einer solchen Begriffsbestimmung abgehalten haben. Diese Gründe liegen einmal darin, daß eine ins einzelne gehende Definition notwendig an der Fülle der wirtschaftlichen Möglichkeiten, die jede für sich oder in ihrer Gesamtheit als wichtiger Grund zu betrachten sind, scheitern muß; zum anderen ergeben sie sich daraus, daß eine umfassende Begriffsbestimmung so allgemein zu halten wäre, daß sie zwar das rechtsphilosophische, nicht aber das praktische Verständnis des wichtigen Grundes fördern würde. In dieser Hinsicht ist auf die Begriffsbestimmung Stammlers in „Die Lehre vom richtigen Recht" (S. 565) zu verweisen. Im Rahmen dieser Untersuchung soll an die Stelle einer Begriffsbestimmung die Darstellung der für die Annahme eines wichtigen Grundes leitenden Gesichtspunkte treten und zwar sollen diese Gesichtspunkte methodisch in der gleichen Weise entwickelt werden, in der die Befreiung von der eigentlichen Kartellbindung dargelegt wurde. Wie dort „Der Rücktritt vom Kartell" unter der Zugrundelegung des übergeordneten Begriffes des dauernden Schuldverhältnisses behandelt wurde, so soll hier der wichtige Grund i. S. des § 8 KartVO. aus dem wichtigen Grund bei der außerordentlichen Kündigung dauernder Schuldverhältnisse deduziert werden.

a) Der wichtige Grund bei der außerordentlichen Kündigung dauernder Schuldverhältnisse.

Bedeutet — nach Silberschmidt „Die Zeitdauer als Einteilungsgrund der vertraglichen Schuldverhältnisse" in BayZ. 1916, 372 — die Unterordnung eines Schuldverhältnisses unter den Begriff des Dauerschuldverhältnisses, „daß in den auf das Dauerverhältnis bezüglichen Fragen dessen allgemeine

Grundsätze anzuwenden sind", und ist einer dieser allgemeinen Grundsätze auch der, „daß Kündigung wegen wichtigen Grundes einzuräumen ist", so folgt daraus zunächst die Möglichkeit und damit auch die Berechtigung allgemein von einem wichtigen Grund beim „Dauernden Schuldverhältnis", von einem wichtigen Grund katexochen zu sprechen. Die Fülle und Verschiedenheit der dauernden Schuldverhältnisse im einzelnen und die dadurch bedingte Varietät des wichtigen Grundes steht dem hier, wo nicht eine kasuistische, sondern eine (zwar aus dem Einzelfall schöpfende, sich jedoch nicht darin erschöpfende) Ableitung allgemeiner Gesichtspunkte erstrebt wird, nur scheinbar entgegen. Mag auch ein Grund, den man z. B. bei einem Dienst-, einem Werk-, einem Versicherungsvertrag für wichtig genug erachten wird, um die außerordentliche Kündigung zu rechtfertigen, dieserhalb noch lange nicht „wichtig" auch i. S. des § 8 KartVO. sein, die Erwägungen, die anzustellen, die Gesichtspunkte, die zu beachten, die Grundsätze, die anzuwenden sind, haben hier wie dort doch einen gemeinsamen Punkt, den aufzufinden nur eine möglichst weitgehende Induktion erfordert. Ist einmal die durch das dauernde Schuldverhältnis so deutlich demonstrierte Erscheinung des „Schnittpunktes" lebendig geworden, vergegenwärtigt man sich, daß selbst so grundverschiedene Rechtsverhältnisse wie beispielsweise das moderne receptum nautarum, cauponum, stabulariorum der §§ 701 ff. BGB. und der Verlagsvertrag nach § 1 VerlG. in der längeren Dauer der Bindung zusammenlaufen, so hat der Versuch auch das gerade den dauernden Schuldverhältnissen immanente Element des wichtigen Grundes auf solche „Schnittpunkte" hin zu untersuchen nichts Befremdliches mehr an sich.

Die Darstellung des wichtigen Grundes bei dem dauernden Schuldverhältnis folgt sowohl bei den einzelnen Schuldverhältnissen als auch in den verschiedenen Gesetzen wechselnden Prinzipien. Als solche kommen in Frage einerseits die Aufstellung einer Generalklausel, andererseits das Enumerationsprinzip. Letzteres findet sich teils normativ, teils eklektisch angewendet. In der zuletztgenannten Erscheinungsform endlich sind zwei Spielarten möglich, eine positiv- und eine negativ-eklektische.

1. Die Generalklausel.

aa) Inhaltlich bezeichnet sie als Voraussetzung der außerordentlichen Kündigung den wichtigen Grund schlechthin. Sie verzichtet sowohl auf eine erschöpfende, als auch auf eine nur beispielsweise Aufzählung solcher Gründe, welche kasuistisch als „wichtig" zu betrachten sind. Die Entscheidung der Frage, ob gegebenenfalls ein wichtiger Grund vorliegt, wird den Parteien, im Streitfall dem richterlichen Bemessen überlassen.

bb) Die Generalklausel findet sich vornehmlich bei solchen dauernden Schuldverhältnissen, welche auf Grund ihrer allgemeinen

Gestaltung ihres typisierenden Charakters einem enumerativen Katalog von wichtigen Gründen entzogen sind (vgl. z. B. BGB. §§ 626, 671 Abs. II, III; 696 S. 2; 749 Abs. II S. 2; HGB.: §§ 92 Abs. II; 231 Abs. III mit 626 BGB.; 422 Abs. II; GewO. § 124 a; BinnenschG. § 25 Abs. I und FlößG. § 21 Abs. II mit § 124 a GewO.).

cc) Gerade deshalb aber kann die Generalklausel gewisser Anhaltspunkte im einzelnen Fall und zumindest eines leitenden Grundsatzes im allgemeinen bei der Entscheidung über die Wichtigkeit eines Grundes nicht entraten. Anhaltspunkte finden sich häufig dadurch, daß neben die Generalklausel bei der typischen Regelung eines dauernden Schuldverhältnisses das Enumerationsprinzip bei der speziellen Ausgestaltung tritt (vgl. z. B. § 626 BGB. mit Generalklausel und §§ 70 ff. HGB. mit Enumerationsprinzip; vgl. Staudinger, BGB. § 626 Anm. II, 1 α, β). Als leitender Grundsatz dagegen wird von Staudinger, BGB. § 626 Anm. II, 1 a und Staub, HGB. § 70 Anm. 5 und zwar zunächst speziell für die Generalklausel bei dem Dienstvertrag nach BGB. und dem Dienstvertrag zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen (§ 70 Abs. I HGB.) bzw. Handlungslehrling (§ 77 Abs. III HGB.) nach HGB. der Satz aufgestellt, daß ein wichtiger Grund dann anzunehmen sei, wenn „ein Umstand vorliegt, mit Rücksicht auf welchen dem einen oder anderen Teile die Fortsetzung des Dienstverhältnisses nicht wohl mehr zugemutet werden kann" (Staudinger), „wenn nach Lage der Umstände dem einen Teil nicht zuzumuten ist, den Vertrag wider seinen Willen fortzusetzen" (Staub). Dieser Grundsatz, der im folgenden als Grundsatz der Zumutbarkeit" bezeichnet werden soll, ist unbedenklich auf den wichtigen Grund katexochen zu übertragen. Silberschmidt (a. a. O. S. 372) hebt hervor, daß man zwar „innerhalb der dauernden Schuldverhältnisse den Dienst- und den Werkvertrag nicht wieder als Oberarten wird erklären können", daß man aber dennoch im Einzelfall zu untersuchen hat, „ob ein Tatbestand dem Dienst- oder Werkvertrag nahesteht". Wird dadurch doch innerhalb der Gruppe der dauernden Schuldverhältnisse den beiden genannten Vertrags-„Typen" eine gewisse dominierende Stellung eingeräumt und einer „entsprechenden Anwendung bezüglicher Vorschriften" (Silberschmidt) das Wort geredet, so scheint eine Verallgemeinerung des Grundsatzes der Zumutbarkeit auf den wichtigen Grund aller dauernden Schuldverhältnisse um so mehr gerechtfertigt, als „je nachdem die einzelnen Dauerverhältnisse dem Dienst- oder dem Werkvertrag näher stehen, die Regeln des Dienst- oder Werkvertrags für sie anzuwenden sind — soweit besondere Regeln nicht vorhanden" (Silberschmidt zit. S. 372). In den Fällen der Generalklausel aber sind für die einzelnen Dauerverhältnisse „besondere Regeln" hinsichtlich des wichtigen Grundes nicht nur nicht vor-

handen, sondern ist allgemein und übereinstimmend nur der wichtige Grund als solcher gefordert. Zu der Verallgemeinerung des Grundsatzes der Zumutbarkeit (vgl. Staub, HGB. §§ 92 Anm. 6 unter Berufung auf RG. 65, 38; 133 Anm. 2; 231 Anm. 30).

Auf den Einzelfall angewendet bedingt der Grundsatz der Zumutbarkeit eine Abwägung der widerstreitenden Interessen, eine vergleichende Gegenüberstellung des status quo auf seiten des Kündigenden und des Kündigungserklärungsgegners. Führt diese Prüfung gegebenenfalls dazu, dem Kündigenden die Fortsetzung des Schuldverhältnisses nicht weiter zuzumuten, so genügt indessen diese Feststellung allein noch nicht um die Kündigung auf sofort zu „rechtfertigen". Hier setzt vielmehr erst diejenige Funktion des wichtigen Grundes ein, die oben als „Präventivwirkung gegen den Vertragsbruch" bezeichnet wurde. Wie die Verneinung der Zumutbarkeit der Fortsetzung eines Schuldverhältnisses nicht identisch ist mit der Bejahung der Rechtfertigung der sofortigen Beendigung, so begründet das in dem Grundsatz der Zumutbarkeit liegende negative Element noch nicht die Anwendung der „das gesamte System durchbrechenden" (Hedemann) Kündigung auf sofort. Letzteres erfordert den Hinzutritt eines weiteren und zwar im Hinblick auf das „Außerordentliche" des zur Anwendung kommenden Lösungsmittels positiven Elementes, das seinerseits wiederum die Ableitung eines zweiten allgemeinen Grundsatzes notwendig macht. In welcher Richtung dieser zweite Grundsatz zu suchen ist, das deutet Staudinger, BGB. § 626 Anm. II dadurch an, daß er den wichtigen Grund als einen solchen Grund interpretiert, der die nötige Wichtigkeit in Anbetracht des fraglichen, d. h. des nach dem Grundsatz der Zumutbarkeit gegen die Fortsetzung sprechenden Tatumstandes besitzt. Näher noch führt § 71 HGB. an diesen zweiten Grundsatz durch die Formulierung heran: „Als wichtiger Grund, der .... zur Kündigung ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigt...". Ganz klar endlich wird dieser Leitsatz durch die ursprüngliche Fassung des nunmehrigen § 696 S. 2 BGB. in E. I wiedergegeben, woselbst die Worte: „... wenn ein wichtiger Grund vorliegt" erweitert waren in: „.... wenn ein wichtiger, nach den Umständen des Falles das Verlangen rechtfertigender Grund vorliegt". Dafür, daß diese letztere Fassung auch der endgültigen Formulierung der Generalklausel auslegend und zwar nicht nur im Falle des § 696 S. 2 zugrunde zu legen ist, vgl. Staudinger, BGB. §§ 696 Anm. 1; 671 Anm. 4; 749 Anm. II, 2 b, β und Staub, HGB. §§ 92 Anm. 2a; 70 Anm. 11; 231 Anm. 30. Damit wäre der Satz, daß ein wichtiger Grund dann anzunehmen ist, wenn ein Umstand vorliegt, der die Anwendung der Kündigung auf sofort und damit eine Durchbrechung der Vertragstreue rechtfertigt — im folgenden „Grundsatz der Rechtfertigung genannt

— aus der Generalklausel als zweiter allgemeiner Grundsatz für die Entscheidung über die Wichtigkeit eines Grundes gewonnen. Gleichzeitig mit diesem Leitsatz aber ist auch das bei dem Grundsatz der Zumutbarkeit vermißte positive Element gefördert, das nach der Feststellung, daß eine Fortsetzung des Schuldverhältnisses nicht mehr zumutbar ist — negativ; Grundsatz der Zumutbarkeit —, entscheidet, ob eine sofortige Lösung geboten ist — positiv; Grundsatz der Rechtfertigung.

2) Das Enumerationsprinzip.

Im Gegensatz zu der Generalklausel führt das Enumerationsprinzip einzelne Gründe ausdrücklich als „wichtig" an derart, daß jeder dieser Gründe als ein die außerordentliche Kündigung rechtfertigender Grund angesehen werden muß, insoweit also aus der sonst im wesentlichen „Tatfrage", ob ein wichtiger Grund vorliegt, eine „Rechtsfrage" wird.

aa) Das normative Enumerationsprinzip.

α) Inhaltlich kennzeichnet sich dieses Prinzip dadurch, daß der Gesetzgeber selbst bestimmt, welche Umstände jeweils zu der sofortigen Beendigung des Schuldverhältnisses berechtigen. Das richterliche Bemessen, dessen entscheidende Rolle bei der Generalklausel hervorzuheben war, tritt hier in den Hintergrund. Die Klarheit, die dadurch von vornherein über die Wichtigkeit der einzelnen Gründe geschaffen wird, erscheint als Vorteil, die notwendig beschränkte Verwendungsmöglichkeit bei nur speziellen Schuldverhältnissen als Nachteil dieses Prinzips.

β) Daraus erklärt sich, daß das normative Enumerationsprinzip vornehmlich in Nebengesetzen begegnet, während es im BGB. und HGB. verhältnismäßig selten verwendet wurde. Sofern es aber in diesen Gesetzen doch in Erscheinung tritt, gleicht es mehr einer verkleideten Generalklausel als einer normativen Aufzählung, so allgemein sind in diesen Fällen die einzelnen Gründe „normiert" (vgl. z. B. BGB. §§ 542 Abs. I; 544; 605; 610; 643; HGB. § 899 Abs. IV; GewO. §§ 123, 124; BinnenschG. § 25 Abs. I und FlößG. § 21 Abs. II mit §§ 123, 124 GewO.; SeemO. §§ 70, 74; VerlG. §§ 18, 45 Abs. I; VVG. §§ 24 Abs. I; 39 Abs. I S. 3; 70 Abs. II S. 1; 96 Abs. I, II; 113; 158).

γ) Für die Ableitung allgemeiner Gesichtspunkte für den Begriff des wichtigen Grundes hat dieses Prinzip auf Grund seiner speziellen, auf das einzelne Schuldverhältnis abgestellten Regelung den geringsten Belang. Das schließt nicht aus, daß ihm für die Kasuistik der eine oder der andere Anhaltspunkt entnommen wird und an ihm die aus der Generalklausel abgeleiteten Grundsätze der Zumutbarkeit und der Rechtfertigung auf ihre Richtigkeit hin geprüft werden.

bb) Das eklektische Enumerationsprinzip.

α) Als Übergang von der Generalklausel mit der Aufstellung des wichtigen Grundes schlechthin zu der normativen Aufzählung einzelner Kündigungsgründe verbindet dieses Prinzip die Vorteile beider Systeme. Einerseits bewahrt es die erforderliche Elastizität dadurch, daß es sich darauf beschränkt nur Beispiele solcher Umstände zu nennen, die als „wichtiger Grund" angesehen (positiv) oder nicht angesehen (negativ) werden sollen. Andererseits begründet es eine gewisse Stabilität dadurch, daß durch diese mehr oder minder zahlreichen Beispiele ein wertvoller Maßstab zur Würdigung der Wichtigkeit anderer Gründe sowie ein richtunggebender Hinweis auf die ratio legis gegeben wird. Im Rahmen dieser Untersuchung verdient dieses Prinzip besondere Beachtung, da sich seiner auch § 8 KartVO. bedient.

β) Die glückliche Mischung der Beweglichkeit der Generalklausel mit der Stetigkeit des normativen Enumerationsprinzips rechtfertigt die vorzugsweise Verwendung dieses Systems bei solchen dauernden Schuldverhältnissen, die eine sofortige Lösung aus wichtigem Grund besonders häufig und dringlich verlangen (vgl. z. B. BGB. §§ 712; 723 Abs. I S. 2, 3; auch 2227; HGB. §§ 71; 72; 77 Abs. III; 133; 339; GmbHG. § 61; GewO. §§ 133 b bis d; BinnenschG. § 20 Abs. III und FlößG. § 16 Abs. III mit §§ 133 b bis d GewO. Für die negative Seite des Prinzips vgl. § 84 BetrRG.

γ) Die beispielsweise Aufzählung wichtiger Gründe läßt bestimmte Grundsätze für den wichtigen Grund schlechthin nicht in der gleichen allgemeingültigen Form ableiten, wie dies die Generalklausel gestattete. Andererseits aber sind die bei diesem Prinzip genannten Beispiele nicht einheitlich so speziell auf den Einzelfall abgestellt, daß eine Zusammenfassung zu — wenn auch nicht allgemeingültigen, so doch — für gewisse verwandte Gruppen von dauernden Schuldverhältnissen gültigen Leitsätzen ausgeschlossen wäre. Erklärt z. B. der § 77 Abs. III des HGB. für die Frage nach dem wichtigen Grund bei der Kündigung des Lehrverhältnisses nach dem Ablauf der Probezeit ausdrücklich den Katalog der wichtigen Gründe der §§ 71 und 72 HGB. für anwendbar, führt Staub, HGB. § 92 Anm. 6 für die Frage nach dem wichtigen Grund bei der Kündigung des Agenturvertrages wiederum diesen Katalog als sinngemäß verwertbar an und bemerkt Staudinger, BGB. § 626 Anm. II 1 a β, daß „besondere Anhaltspunkte für die Beurteilung der Wichtigkeit eines Grundes aus §§ 71 ff. HGB. . . . . geschöpft werden können", so ergibt sich daraus die Möglichkeit aus den in den §§ 71 und 72 HGB. aufgezählten Kündigungsgründen den einen oder anderen Leitsatz für den wichtigen Grund bei der Kündigung von Dienstverhältnissen schlechthin zu entwickeln. Wie

für die Gruppe der Dienstverhältnisse aber gilt diese Möglichkeit auch für andere Gruppen dauernder Schuldverhältnisse, von denen hier die Gruppe der Gesellschaftsverhältnisse — und als „quasigesellschaftliches Verhältnis“ wird auch die von der rechtlichen Organisation losgelöste eigentliche Kartellbindung zu betrachten sein — besonderes Interesse beansprucht. Für diese Gruppe dauernder Schuldverhältnisse bestimmt § 723 Abs. I S. 2 BGB. und mit ihm wörtlich übereinstimmend § 133 Abs. II HGB., daß insbesondere als wichtiger Grund anzusehen ist, wenn ein anderer Gesellschafter eine ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegende wesentliche Verpflichtung vorsätzlich oder aus grober Fahrlässigkeit verletzt oder wenn die Erfüllung einer solchen Verpflichtung unmöglich wird. Durch § 161 Abs. II HGB. werden diese Beispiele wichtiger Gründe auf die Auflösung der Kommanditgesellschaft übertragen (vgl. Staub, HGB., Anhang zu § 177 Anm. 3) und die Bezugnahme des § 339 Abs. I S. 2 HGB. auf § 723 BGB. läßt diese Gründe auch bei der Auflösung der stillen Gesellschaft praktisch werden (vgl. Staub, HGB. § 339 Anm. 10). Für die große Gruppe der „gesellschaftsähnlichen Rechtsverhältnisse“ endlich hebt Silberschmidt (ZHR. 79 S. 469, 472) hervor, daß die im Gesellschaftsrecht maßgebenden Vorschriften über die Kündigung Gemeingut jeder „Interessenverknüpfung für längere Dauer“ sind. Aus dieser Bedeutung der in § 723 Abs. I S. 2 BGB. genannten, richtunggebenden Beispiele wichtiger Gründe darf mit einer gewissen Berechtigung gefolgert werden, daß in diesen besonders hervorgehobenen Umständen: „Verletzung und Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen des Gesellschaftsvertrages“ zwei weitere Leitsätze für den wichtigen Grund katexochen, beschränkt allerdings auf die Gruppe der gesellschaftlichen und quasi-gesellschaftlichen Rechtsverhältnisse, in der Weise gegeben sind, daß das Vorliegen des einen oder anderen Umstandes die Kündigung auf sofort auch dann begründet, wenn die maßgebende Gesetzesstelle diese Umstände nicht ausdrücklich in den beispielsweisen Katalog der Kündigungsgründe aufgenommen hat. Das Verhältnis dieser beiden Leitsätze, die im folgenden als „Grundsatz der Gesellschaftstreue“ und „Grundsatz der Erfüllungsmöglichkeit“ bezeichnet werden sollen, zu den allgemeingültigen Grundsätzen der Zumutbarkeit und der Rechtfertigung wird von Hüttner a. a. O. S. 100 ff. als ein Subsidiaritätsverhältnis bezeichnet derart, daß eine Durchbrechung der besonderen Grundsätze des Gesellschaftsverhältnisses noch nicht zu der Annahme eines wichtigen Grundes genüge, ein solcher vielmehr erst dann gegeben sei, wenn weiter feststehe, daß die Verletzung dieser besonderen Grundsätze zugleich die durch die allgemeinen Grundsätze geschaffenen Voraussetzungen für die „Wichtigkeit“ eines Grundes erfülle. Danach wäre — wie Hüttner und im Anschluß

daran auch Blum (a. a. O. S. 86) wollen — nach der Feststellung einer Verletzung der Gesellschaftspflichten noch eine besondere Prüfung in der Richtung anzustellen, ob auf Grund dieser Pflichtverletzung die fernere Aufrechterhaltung des Gesellschaftsvertrages tatsächlich nicht mehr zumutbar und dieserhalb die Kündigung auf sofort gerechtfertigt ist. „Das Gesetz gibt — nach Hüttner — nur Beispiele, die jedoch nicht die Bedeutung haben, daß in diesen Fällen ohne weiteres und stets ein wichtiger Grund vorliegt.“ Dieses von Hüttner erstrebte Ergebnis der Anlegung eines strengen Maßstabes aber wird man sich auch dann zu eigen machen können, wenn man die „Beispiele“ des § 723 Abs. I S. 2 BGB. ihres grundsätzlichen Charakters nicht entkleidet und an die Stelle des nur subsidiären Verhältnisses ein die allgemeinen Grundsätze derogierendes Spezialitätsverhältnis treten läßt. (So u. a. auch Staudinger, BGB. § 723 Anm. B II 2 a.) Nur wird man dabei insbesondere den Grundsatz der Gesellschaftstreue nicht gerade als ethische Maxime betrachten dürfen derart, daß bereits die geringste Verletzung der Gesellschaftspflichten als wichtiger Grund zu betrachten wäre. Dadurch, daß § 723 Abs. I S. 2 außer der Bezugnahme auf einen „solchen“ (wichtigen) Grund die Verletzung einer „wesentlichen“ Gesellschaftspflicht erfordert, wird einer derartigen Auslegung genügend vorgebeugt. Sofern mit der von Flechtheim (a. a. O. S. 45) besonders hervorgehobenen Entscheidung des Reichsgerichts vom 4. Januar 1905 „gerade bei der vorzeitigen Kündigung eines auf Jahre abgeschlossenen Kartells nur wirklich schwerwiegende Gründe als ausreichend angesehen werden“, sofern also auch nur eine wirklich schwerwiegende Durchbrechung der besonderen Grundsätze des Gesellschaftsrechts als wichtiger Grund gewertet wird, kann unbedenklich das Verhältnis der aus dem dauernden Schuldverhältnis abgeleiteten allgemeinen Grundsätze für den wichtigen Grund zu den aus dem Gesellschaftsverhältnis gefolgerten besonderen Leitsätzen nach der Regel: Sententia specialis derogat sententiae generali bestimmt werden. Letzteres um so mehr, als regelmäßig eine „wirklich schwerwiegende“ Durchbrechung dieser besonderen Grundsätze ipso jure die Fortsetzung des Gesellschaftsverhältnisses sowohl nicht zumutbar erscheinen läßt, als auch seine sofortige Beendigung rechtfertigt.

b) Der wichtige Grund bei der außerordentlichen Kündigung der eigentlichen Kartellbindung.

1. Die Anwendung der allgemeinen und besonderen Grundsätze auf § 8 KartVO.

Aus der an anderer Stelle vorgenommenen Unterordnung des Kartellverhältnisses unter den Begriff des „Dauernden Schuldverhältnisses“ (vgl. S. 24) und der oben hervorgehobenen Eigenschaft der eigentlichen Kartellbindung quasi-gesellschaftliche

Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Kartellgenossen zu schaffen, ergibt sich die Möglichkeit die für das dauernde Schuldverhältnis allgemein aus der Generalklausel und für die Gruppe der Gesellschafts- und Quasigesellschaftsverhältnisse aus den Beispielen des § 723 Abs. I S. 2 BGB. abgeleiteten Grundsätze für die Beantwortung der Frage nach der „Wichtigkeit" eines Kündigungsgrundes auf § 8 KartVO. zu übertragen. So werden sowohl die allgemeinen Grundsätze der Zumutbarkeit (vgl. Friedländer S. 124; Isay-Tschierschky S. 221 Anm. 23ff. zu § 8; Haußmann-Holländer S. 58 Anm. 4a zu § 8) und der Rechtfertigung (vgl. Lehnich-Fischer S. 222 Anm. 71) zu § 8; Friedländer S. 131; Blum S. 91; Isay-Tschierschky S. 233 Anm. 33ff. zu § 8; Haußmann-Holländer S. 56 Anm. 3 III zu § 8) als auch die besonderen Grundsätze der Gesellschafts- hier: Kartelltreue und der Erfüllungsmöglichkeit (vgl. Friedländer S. 119; 128ff.; Isay-Tschierschky S. 237 Anm. 36ff. zu § 8; Haußmann-Holländer S. 58 Anm. 4b) zu § 8; Tschierschky: Die Bedeutung von Privatinteresse, Gesamtwirtschaft, Gemeinwohl bei der Beurteilung von Kündigungen auf Grund des § 8 KartVO. in K. R. 1925, S. 515ff., insbesondere S. 518 und die dort genannte weitere Literatur) auf den wichtigen Grund des § 8 KartVO. entsprechend anwendbar. Das Kartellgericht selbst hat sich sehr frühzeitig für die entsprechende Anwendung gerade der besonderen Grundsätze des Gesellschaftsrechts auf § 8 KartVO. ausgesprochen und bereits in der Entscheidung vom 26. Januar 1924 KG. S. 3 ausgeführt: „Ein wichtiger Grund kann gegebenenfalls auch in den Fällen angenommen werden, in denen bereits nach dem früheren Recht auf Grund des § 723 BGB. die Kündigung eines Gesellschaftsvertrages zulässig war" (vgl. hierzu auch: Caro, Die Kartellgerichtspraxis und ihre Auswirkungen". Vortrag gehalten in der Jur. Stud. Gesellschaft in München am 4. November 1925).

2. Der besondere Grundsatz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Kartellgesellschafter.

Den vorgenannten, auf den wichtigen Grund nach § 8 KartVO. anzuwendenden Grundsätzen fügt § 8 Abs. II KartO. einen weiteren, aus dem besonders hervorgehobenen Tatbestand der „unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden" zu entnehmenden, speziellen Grundsatz hinzu, dessen Durchbrechung nach dem Wortlaut des Gesetzes „immer als wichtiger Grund anzusehen ist". Wird Friedländer, der in diesem Grundsatz „Schöpfer und Garant einer Sphäre der gewerblichen Bewegungsfreiheit" erblickt, nicht beigetreten werden können, so darf doch aus der besonderen Hervorhebung gerade dieses Grundsatzes auf eine nach vorwiegend, keineswegs aber ausschließlich

privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten orientierte Prüfung der einzelnen Kündigungsgründe als der ratio legis geschlossen werden (vgl. Isay-Tschierschky S. 226 Anm. 28 zu § 8 und Tschierschky a. a. O. K. R. 1925, S. 525). Daß eine solche, nach privatwirtschaftlichen Gesichtspunkten von innen heraus erfolgende Bereinigung der Kartelle auch aus öffentlich-rechtlichen Gründen erstrebenswert erscheint, wurde schon in der Einleitung hervorgehoben. Die Praxis hat diese Funktion des § 8 KartVO. gerechtfertigt. Der sich aus der besonderen Betonung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit für die gesunden Kartelle ergebenden Gefahr der Zerschlagung dagegen hat eine restriktive Interpretation gerade dieses Grundsatzes durch das Kartellgericht — bei einer sonst durchaus extensiven Tendenz in der Handhabung der KartVO. — vorgebeugt. Demzufolge ist das Verhältnis des Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu den übrigen allgemeinen und besonderen Grundsätzen für die Wichtigkeit der einzelnen Kündigungsgründe dahin zu bestimmen, daß durch diesen Grundsatz zwar die allgemeinen Grundsätze der Zumutbarkeit und der Rechtfertigung insoweit ausgeschlossen werden, als die unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit „immer als wichtiger Grund anzusehen ist", die besonderen Grundsätze der Kartelltreue und der Erfüllungsmöglichkeit dagegen unberührt bleiben.

3. Die Auswirkung dieser Grundsätze in der Rechtsprechung des Kartellgerichts.

Die Mannigfaltigkeit des „einzelnen Falles", die darauf beruhende Verschiedenheit der Kündigungsgründe und deren häufige Konkurrenz untereinander verbieten an sich eine grundsätzliche Verwertung einzelner Entscheidungen des Kartellgerichts. Dennoch darf aus der Fülle der Kasuistik der eine oder andere Fall herausgegriffen werden, um die Auswirkung der dem dauernden Schuldverhältnis, dem Gesellschaftsverhältnis und dem Kartellverhältnis entnommenen, allgemeinen und besonderen Grundsätze in der Praxis des Kartellgerichts zu demonstrieren, sofern damit keine apodiktischen, sondern nur relative Ergebnisse gewonnen werden wollen.

aa) Der Grundsatz der Zumutbarkeit.

In einer Reihe von Entscheidungen erachtete das Kartellgericht die Aufrechterhaltung der eigentlichen Kartellbindung teils mit Rücksicht auf die allgemeine Wirtschaftslage, teils im Hinblick auf die besonderen Verhältnisse des streitbefangenen Kartells, teils in Anbetracht der wirtschaftlichen Lage des einzelnen Kartellgenossen für nicht zumutbar.

α) Dabei führte die Prüfung der Zumutbarkeit nach allgemein wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu folgenden grundsätzlichen Feststellungen:

Eine Änderung der wirtschaftlichen Konjunktur ist an sich kein wichtiger Grund i. S. des § 8 KartVO. Dies gilt jedoch nur für den Fall, daß das Kartell seine Bedingungen den veränderten wirtschaftlichen Verhältnissen anpaßt derart, daß auch den wirtschaftlich schwächeren Kartellgenossen eine Aufrechterhaltung ihrer Betriebe möglich ist (KG. S. 2). Diesenfalls erscheint die Aufrechterhaltung der Kartellbindung auch dann zumutbar, wenn sich die Bestimmungen des Kartells als unbequem oder für den wirtschaftlichen Ertrag nachteilig erweisen (KG. S. 2). Anderenfalls ist die Aufrechterhaltung der Kartellbindung für die minder widerstandsfähigen Mitglieder nicht zumutbar und zwar schon dann, wenn diese Anpassung an die veränderte Wirtschaftslage in kritischen Zeiten nicht mit der erforderlichen Schnelligkeit erfolgt (KG. S. 7), und selbst dann, wenn der Kündigende die Verhältnisse, auf die er die Kündigung stützt, schon bei seinem Eintritt in das Kartell kannte oder doch vorhersehen konnte (KG. S. 26).

β) Häufiger war das Kartellgericht veranlaßt, den Grundsatz der Zumutbarkeit auf die besonderen Verhältnisse einzelner Kartelle anzuwenden. Dabei ergaben sich folgende Auswirkungen:

In der Frage der Außenseiterkonkurrenz wurde die Zumutbarkeit der ferneren Aufrechterhaltung der Kartellbindung dann verneint, wenn die bei der Errichtung des Kartells vorausgesetzten und gegebenen Verhältnisse durch das ziffernmäßige (dagegen mit Recht Isay-Tschierschky S. 240) Anwachsen der Außenseiter und das Sinken der Mitgliederzahl erheblich zu ungunsten der Kartellgebundenen verändert wurden und die Möglichkeit einer besseren Ausnutzung der wirtschaftlichen Kräfte im freien Wettbewerb vorhanden war (KG. S. 1, 6, 9, 46).

Auf dem Gebiet des inneren Organisationszwanges wurde die Auferlegung außergewöhnlicher finanzieller Verpflichtungen durch eine satzungsgemäß an sich mögliche Majorisierung einer widerstrebenden Minderheit dann als nicht zumutbar bezeichnet, wenn dem einzelnen Mitglied durch eine vertragliche Erschwerung des Austritts die Möglichkeit der Befreiung genommen war, gleichzeitig aber durch unangemessene Mittel die Erfüllung dieser Verpflichtungen erzwungen werden sollte (KG. S. 5). Desgleichen wurde die Auferlegung beschränkender Produktionsbedingungen ohne rechtlich dazu ermächtigende Satzungsgrundlage als nicht zumutbar angesehen (KG. S. 29), während die Härte einzelner, mitunter eine geschäftliche Hinderung darstellender Verbandskonditionen insoweit als zumutbar bezeichnet wurde, als der Verband gegen eine billige Durchbrechung dieser Bedingungen im Einzelfall Nachsicht übte (KG. S. 27). Organisationszwang mit der Folge der Vereitelung von Bestrebungen zur Verbilligung der Produktion ist weder zumutbar, noch im Einklang mit den Interessen des Staates und der Allgemeinheit (KG. S. 29).

Die **Kartelleitung** bot dem Kartellgericht Anlaß hervorzuheben, daß eine einmal erfolgte Unterwerfung unter eine Satzung, die gewissen Organen die Befugnis gibt, über die Geschäftsbedingungen, Preise usw. nach eigenem Ermessen Bestimmungen zu treffen, die Aufrechterhaltung der freiwillig eingegangenen Kartellbindung auch dann zumutbar erscheinen läßt, wenn diese Organe von der ihnen erteilten Ermächtigung einen nach Ansicht des einzelnen Mitgliedes unrichtigen Gebrauch machen (KG. S. 60). Sofern dieser nicht nur subjektiv, sondern auch objektiv unrichtig ist und eine materielle Schädigung des Kartellmitgliedes zur Folge hat, ist hiergegen zunächst die satzungsmäßige Beschwerde durchzuführen (KG. S. 56), und wenn auch diese satzungsgerecht abgelehnt wird, auf die satzungsmäßige Kündigung zurückzugreifen (KG. S. 51). Schranken allerdings sind der Kartelleitung, mag diese auf die Willensrichtung der Mehrheit der Mitgliederversammlung oder auf das Ermessen besonderer Organe abgestellt sein, auch in der inneren Kartellpolitik gezogen. Insbesondere ist eine ehrbaren Grundsätzen zuwiderlaufende Höhe der festgesetzten Preise nicht zumutbar (KG. S. 26).

Interessengegensätze, die sich innerhalb eines Kartells herausgebildet haben, erschweren zwar die Kartellfunktion „durch ein System wechselseitiger Rechte und Pflichten die Mitglieder bei ihrer wirtschaftlichen Betätigung zusammenzuhalten" (KG. S. 54), aber die einem gefestigten Kartell immanente Stärke der kontraktlichen Verknüpfung vermag regelmäßig einer zersetzenden Wirkung solcher Diskrepanz vorzubeugen (KG. S. 44). Anders, wenn diese Gegensätze sich derart verschärfen, daß sie nicht nur das feste Gefüge des Kartells lockern, sondern auch das Bewußtsein von der Gemeinsamkeit der Interessen und deren Wahrung durch das Kartell so stark erschüttern, daß eine gedeihliche Zusammenarbeit der Gesellschafter innerhalb des Verbandes nicht mehr erwartet werden kann (KG. S. 9). In diesem Fall erscheint die Aufrechterhaltung der Kartellbindung nicht zumutbar, ohne daß allerdings aus diesem Grund allein die sofortige Aufhebung gerechtfertigt wäre. Letzteres aber erweist sich dann als nötig, wenn die Interessengegensätze weiterhin zu einer unterschiedlichen Behandlung einzelner Mitglieder oder Mitgliedergruppen führen (KG. S. 29, 44) oder sich dahin auswirken, daß eine Gruppe von Kartellgenossen geschlossen darauf ausgeht, der anderen das Fortkommen zu erschweren oder unmöglich zu machen (KG. S. 44), gegebenenfalls durch das „im Kartellwesen ganz ungewöhnliche Mittel der Kampfpreise gegenüber den eigenen Mitgliedern" (KG. S. 22, 46). Die bloß „unglückliche Natur" eines Zusammenschlusses berührt dagegen seine Zumutbarkeit ebensowenig wie die nachträgliche Erkenntnis, daß freiwillig einer Zusammenfassung beigetreten wurde, die zweckwidrig und mit den beiderseitigen Belangen unvereinbar ist (KG. S. 44, 60). Gleiches

gilt auch für solche Interessengegensätze, die nur deshalb bestehen, weil die „Kartellmüdigkeit" des einen oder anderen Mitgliedes den Versuch zu einem billigen Ausgleich zu gelangen, unterbleiben ließ (KG. S. 54, 63).

Änderungen der Kartelltendenz als Folgeerscheinung einer Änderung der allgemeinen Wirtschaftslage sind mitunter nicht nur Recht, sondern auch Pflicht einer guten Kartelleitung. Ist insoweit eine Änderung der Kartelltendenz dem einzelnen Kartellgenossen unbedenklich zuzumuten, so darf doch nicht übersehen werden, daß bei einer solchen Veränderung die Äquivalenz von Rechten und Pflichten, Vorteilen und Beschränkungen, die sich aus der Kartellzugehörigkeit ergeben, gewahrt werden muß. Eine nachträgliche wesentliche Änderung der Kartelltendenz ist nicht zumutbar, wenn die veränderten Pflichten der Mitglieder in keinem angemessenen Verhältnis mehr zu dem Schutze stehen, den das Kartell ihnen noch zu bieten vermag (KG. S. 8). Dieser Grundsatz wird nicht dadurch durchbrochen, daß eine nur mit Rücksicht auf die gegenwärtige, ungünstige Konjunktur und nur für deren Dauer erfolgende, auf den Kartellcharakter einflußlose Freigabe von Bindungen zumutbar erscheint (KG. S. 14); dies um so weniger, wenn der Kartellzweck noch andere, durch die Freigabe gewisser Bestimmungen nicht berührte Interessen der Mitglieder umfaßt (KG. S. 11, 27). Auf der anderen Seite kann eine Verschärfung der Kartelltendenz z. B. die Verwandlung eines Konditionenkartells in ein Preiskartell den widersprechenden Mitgliedern nicht zugemutet werden (KG. S. 2). Daraus ergibt sich die weitere Feststellung, daß die Aufrechterhaltung einer Kartellbindung nicht deshalb unzumutbar wird, weil das Kartell ablehnt, die zur Zeit der Errichtung des Verbandes bestehenden Kartellverpflichtungen zu erweitern oder zu erschweren (KG. S. 47). Erweist sich eine dem Kartell zur Vornahme einer an sich billigen Änderung der Tendenz gesetzte Frist als zu kurz, so wird dadurch die fernere Zumutbarkeit der nach angemessener Frist entsprechend geänderten Kartellbindung ebensowenig berührt (KG. S. 27), wie umgekehrt ein Kartellmitglied eine erst nach erfolgter Kündigung, gerade zu deren Entkräftung vorgenommene Änderung der Kartelltendenz gegen sich gelten lassen müßte (KG. S. 60).

Änderungen in der Kartellstruktur, die sich ergeben teils durch das Ausscheiden bisheriger Verbandsfirmen, teils durch das Aufsaugen kleinerer Betriebe durch wachsende Großkonzerne, ließen wiederholt die Frage der Zumutbarkeit in bezug auf die verbleibenden, selbständigen Kartellmitglieder akut werden. Bereits die erste Entscheidung des Kartellgerichts betont, daß eine erhebliche Verringerung der Zahl der Mitglieder keinesfalls ohne Wirkung auf das Verhältnis der an dem Kartell beteiligten, großen Betriebe zu den übrigen Mitgliedern bleiben kann, deren Stellung innerhalb

des Kartells vielmehr wesentlich dadurch verschoben wird. Deshalb ist eine derartige, wesentliche Änderung im inneren Aufbau des des Kartells neben anderen Gründen bei der Entscheidung über die Zumutbarkeit zu verwerten (KG. S. 1). Letztere ist ohne weitere Nebengründe, allein aus dem Gesichtspunkt der veränderten Kartellstruktur dann zu verneinen, wenn der dem einzelnen Mitglied bei seinem Beitritt zustehende und in dem Umfang des Stimmrechts zur Geltung kommende Einfluß eine erhebliche Minderung erlitten hat und das Mitglied sich nicht mehr versichert weiß, daß der ihm zustehende Einfluß ausreicht, seine eigenen Interessen seinem Anteil entsprechend im Rahmen der Gemeinschaft jederzeit wahren zu können (KG. S. 12). Aus dieser grundsätzlichen Entscheidung ergibt sich — vom Kartellgericht in konstanter Rechtsprechung festgehalten —, daß zur Verneinung der Frage der Zumutbarkeit wegen veränderter Kartellstruktur auf seiten des kündigenden Mitgliedes bereits die begründete Besorgnis den Ausdehnungsbestrebungen eines Konzerns zum Opfer zu fallen (KG. S. 9), das Gefühl der Bedrohung im wirtschaftlichen Fortkommen durch den Konzern und dessen Wirksamkeit (KG. S. 12), auf seiten des Konzerns allein die Machtstellung — nicht erst der Mißbrauch — genügt (KG. S. 12). Dieser sehr extensiven Auslegung der KartVO. (vgl. Lehnich-Fischer S. 226; Isay-Tschierschky S. 253 Anm. 52 zu § 8) gegenüber schien es notwendig, die ausgesprochen subjektiven Voraussetzungen der „Besorgnis“ und des „Gefühls der Bedrohung“ durch gewisse objektive Merkmale einzuschränken. Demgemäß wurde einerseits eine tatsächlich gegebene, nicht sich erst entwickelnde Konzernvorherrschaft (KG. S. 27) bzw. erhebliche Verringerung des Mitgliederbestandes (KG. S. 56) gefordert, andererseits eine derart gefährliche Verschiebung der Macht- und Stimmverhältnisse im Kartell nur dann als nicht zumutbar anerkannt, wenn sie erst nach dem Eintritt der dadurch beschwerten Firma erfolgte (KG. S. 60) und sofort nach Kenntnisnahme gerügt wurde (KG. S. 44).

γ) Individuelle, d. h. sich aus den wirtschaftlichen Verhältnissen des einzelnen Kartellgenossen ergebende Gründe boten nur selten Anlaß, die Frage der Zumutbarkeit der ferneren Aufrechterhaltung der Kartellbindung zu entscheiden.

Die Tatsache, daß die wirtschaftlichen Auswirkungen der rückläufigen Konjunktur sowie die finanziellen Schäden der Inflationsperiode einzelne weniger gut fundierte Mitglieder stärker treffen als widerstandsfähigere Kartellgenossen, läßt für sich allein noch keine Notwendigkeit erkennen, die Zumutbarkeit fernerer Bindung an das Kartell zu verneinen. Daß sogar die sich aus solchen Gründen ergebende Stillegung sämtlicher Werke eines Mitgliedes noch keinen ausreichenden Anlaß zur Verneinung der Zumutbarkeit zu bieten vermag, hat das Kartellgericht angesichts einer ähnlichen Notlage

eines großen Teiles der Mitglieder und sachgemäßer Geschäftsführung des Verbandes in KG. S. 12 ausgesprochen. Nicht zumutbar dagegen erscheint die weitere Bindung, wenn dem notleidenden Kartellgenossen überdies ein ihm für das Opfer erheblicher Produktionsrechte zustehender berechtigter Anspruch auf eine angemessene Entschädigung durch den Verband verweigert, bzw. die Aufwertung eines dafür ausgesetzten, durch die Inflation in „ein wirtschaftliches Nichts“ verwandelten Betrages abgelehnt wird (KG. S. 12, 13). Ob die Umstellung des Betriebes eines Kartellmitgliedes seine weitere Bindung an das Kartell unzumutbar macht, stellt Isay-Tschierschky S. 254 Anm. 53 zu § 8 zutreffend auf die Gründe dieser Umstellung und im Falle einer ohne zwingende Notwendigkeit erfolgten Umstellung auf die Rückwirkungen der Entlassung dieses Mitgliedes auf die übrigen Verbandsfirmen ab. Das Kartellgericht erklärte die fernere Bindung dann für zumutbar, wenn das Kartellmitglied in seinem umgestellten Betrieb, wenn auch nur noch teilweise kartellierte Artikel beibehält (KG. S. 17). Für den Fall einer einem Mitglied auf Grund der Verschließung seines bisherigen Absatzgebietes im Ausland obliegenden Umstellung seiner Fabrikation auf den Inlandsmarkt wurde mit Rücksicht auf die sich dabei ergebende Notwendigkeit des Eintritts in einen anderen Verband die Zumutbarkeit der ferneren Zugehörigkeit zu dem Kartell verneint (KG. S. 30). Veräußerung oder Verpachtung des Unternehmens berühren die Zumutbarkeit der Kartellbindung nicht, Garantien für die Einhaltung der Vertragsbestimmungen durch den Erwerber oder Pächter bilden keine unbillige Beschränkung des Mitgliedes (KG. S. 55). So wenig demnach individuell ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse die Zumutbarkeit der Kartellbindung schlechthin verneinen lassen, so wenig machen umgekehrt außerhalb des Kartells begründete, individuell günstige wirtschaftliche Verhältnisse eine Kartellbindung schlechthin zumutbar (KG. S. 63).

bb) Der Grundsatz der Rechtfertigung.

Neben der Feststellung von Umständen, welche die fernere Bindung eines Kartellgenossen an den Verband nicht zumutbar erscheinen lassen, bedarf die Frage, ob ein wichtiger Grund i. S. des § 8 KartVO. vorliegt, des weiteren der Prüfung, ob die einerseits die weitere Bindung verneinenden Tatsachen andererseits die Beendigung dieser Bindung auf dem Wege der Kündigung auf sofort rechtfertigen. Dabei wird das die Frage der Zumutbarkeit erfüllende Problem: „Aufrechterhaltung oder Lösung der Bindung“ auf die Entscheidung über das Lösungsmittel beschränkt und unter der Voraussetzung, daß die Aufrechterhaltung nicht zugemutet werden kann, nur mehr danach gefragt, ob die notwendige Lösung in der Form der ordentlichen oder außerordentlichen Kündigung zu erfolgen hat.

α) Letzteres wird regelmäßig solange zu verneinen sein, als ordentliche Mittel, sei es die satzungsmäßige Beschwerde, sei es die ordentliche Kündigung zu Gebote stehen. „Als äußerster Rechtsbehelf kann das Recht zur fristlosen Kündigung im allgemeinen erst dann gewährt werden, wenn das Kartellmitglied vergeblich versucht hat, auf dem im Kartellvertrage vorgesehenen und für ihn gangbaren Wege eine Abhilfe zu schaffen" (KG. S. 54). „Wer das außerordentliche Kündigungsrecht des § 8 KartVO. für sich in Anspruch nimmt, muß beweisen, daß ihn der vertragliche Kündigungsbehelf nicht zum Ziele führt" (KG. S. 31; vgl. KG. S. 3, 56). Dem widerspricht nicht, daß einer auf Grund des § 8 KartVO. ausgesprochenen und durch einen wichtigen Grund gerechtfertigten Kündigung nicht dadurch der Boden entzogen wird, daß der Kündigende in einem früheren Zeitpunkt — obwohl er dazu berechtigt gewesen wäre — von dem ihm durch die Satzung verliehenen Kündigungsrecht keinen Gebrauch gemacht hat (KG. S. 47). Tatsächlich sind vielmehr auch in diesem Falle die vertraglichen Kündigungsbehelfe erschöpft. Mag diese Erschöpfung der vertraglich vorgesehenen Mittel auch auf einem Verzicht des Berechtigten beruhen, die außerordentliche Kündigung wird dadurch ebensowenig berührt, wie nach der oben erwähnten Entscheidung (KG. S. 26) Umstände, die unter den gegebenen Verhältnissen zu einer Gefährdung oder Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz eines Kartellgenossen führen würden, dadurch unbeachtlich werden, daß der Kündigende diese bereits bei seinem Eintritt in das Kartell kannte. Für den besonderen Fall der außerordentlichen Kündigung solcher Verbände, bei denen Geschäftsbedingungen in Frage kommen, die ohnehin schon einer staatlichen Aufsicht unterliegen, verlangt das Kartellgericht neben der Erschöpfung der vertraglich gegebenen Behelfe des weiteren, daß der Kündigende, bevor er fristlos die Kartellbindung zerreißt, die Aufsichtsstelle um Abhilfe ersucht (KG. S. 49).

β) Lassen sich die vorgenannten Entscheidungen des Kartellgerichts dahin zusammenfassen, daß die außerordentliche Kündigung „ultima ratio" notleidender Kartellgenossen sein und bleiben muß, so wäre damit zunächst die formelle Funktion des Grundsatzes der Rechtfertigung aufgezeigt. Seine materielle Funktion d. h. seine Wirksamkeit bei der Abwägung der Kündigungsgründe erscheint demgegenüber nur unbedeutend. Die Verneinung der Zumutbarkeit der ferneren Bindung eines Mitgliedes an den Verband und die Feststellung, daß die formellen Voraussetzungen der außerordentlichen Kündigung gegeben, vertragliche Behelfe also nicht mehr vorhanden sind, rechtfertigen in der Regel auch materiell die Kündigung auf sofort. Einer materiellen Prüfung der Kündigungsgründe aus dem Gesichtspunkt der Rechtfertigung bedarf es nur in den Fällen, in denen einerseits Zweifel bestehen, ob ein Tatbestand ausreicht, um den ferneren Verbleib eines Mitgliedes im Kartell für

unzumutbar zu erklären, andererseits die eventuelle Lösung nur auf dem Wege der außerordentlichen Kündigung geschehen könnte. Hier wird sich materiell der Grundsatz der Rechtfertigung vornehmlich dahin auswirken, daß er bei nur zweifelhafter Zumutbarkeit der Bindung ihre Aufrechterhaltung fordert. So beispielsweise, wenn Vorgänge, die an sich vielleicht geeignet wären, die Zumutbarkeit der ferneren Bindung zu verneinen, zeitlich so weit zurückliegen, daß ihnen irgendwelche Bedeutung für die wirtschaftlichen Verhältnisse des Kündigenden und seine Beziehungen zum Verband zur Zeit der Kündigungserklärung nicht mehr beizumessen ist (KG. S. 39, 56); so auch, wenn derartigen Vorgängen Umstände an die Seite zu stellen sind, die eine Aufhebung der an sich unbequemen und nachteiligen Bindung an das Kartell mit Rücksicht auf die früher genossenen Vorteile der Verbandszugehörigkeit nicht rechtfertigen (KG. S. 2, 4, 12); so endlich auch, wenn an und für sich unzumutbare Verhältnisse ersichtlich nur vorübergehender Natur sind (KG. S. 16). Eine besonders gründliche Nachprüfung der materiellen Rechtfertigung der Kündigung nach § 8 KartVO. erachtet das Kartellgericht namentlich dann für erforderlich, wenn ein in der Form einer G. m. b. H. organisiertes Kartell im Interesse seiner Mitglieder außergewöhnliche Verpflichtungen übernommen hat und die Erfüllung dieser Verpflichtungen und damit die Ansprüche der Gläubiger der G. m. b. H. durch den fristlosen Austritt einzelner Mitglieder auf das Schwerste gefährdet erscheinen (KG. S. 4) oder auf eine fristlose Kündigung alsbald eine Zurücknahme der Kündigung und wiederum auf diese Zurücknahme eine erneute fristlose Kündigung folgt (KG. S. 52).

cc) Der Grundsatz der Kartelltreue.

Auf die Gültigkeit des von Silberschmidt (BayZ. 1916, 369) ausgesprochenen Satzes, „daß jedes auf Dauer berechnete Schuldverhältnis auch Vertrauensverhältnis ist", erheben die Kartelle besonderen Anspruch. Denn, wenn es einerseits richtig ist, „daß jeder, der einem Kartell beitritt, Opfer bringt in seiner individuellen Betätigung und Freiheit — ein besonders großes Opfer für den tüchtigen Kaufmann" (Caro a. a. O.), so sind andererseits diese Opfer nur dann gerechtfertigt, wenn sie in der Zuversicht darauf gebracht werden, daß jeder einzelne Kartellgenosse der über diesen individuellen Einschränkungen errichteten Schutzgemeinschaft die Treue hält. Schwere Erschütterungen dieses „Kartellvertrauens" durch fortgesetzte und umfangreiche Verletzungen der Kartellpflichten durchbrechen den Grundsatz der Kartelltreue und erfüllen den Tatbestand des wichtigen Grundes.

α) Die in dieser Untersuchung vertretene Ansicht der Bewertung der Durchbrechung der Kartelltreue als speziellen Kündigungsgrund zwingt jedoch zu gewissen Einschränkungen. So wird man

7*

zunächst darin, daß sich einige Verbandsfirmen nicht immer an die vom Verband festgesetzten Preise gehalten haben, mit KG. S. 14 schon um deswillen keinen wichtigen Grund erblicken, „weil derartige Disziplinlosigkeiten nie ganz zu vermeiden sind" (vgl. KG. S. 44, 63). Sodann wird man solche Verstöße gegen die Kartelltreue dann milder beurteilen, wenn schwere Wirtschaftskrisen die Kartelldiszilin ohnehin stark gelockert haben (KG. S. 55). Endlich muß die fristlose Zerreißung der Kartellbindung so lange hintangehalten werden, als entweder die Verbandssatzungen und ihre Handhabung die Bestrafung solcher Verstöße gegen die Kartelltreue sicherstellen (KG. S. 27) oder der Kündigende seinerseits keinen Versuch gemacht hat durch Anzeige bei den zuständigen Kartellorganen auf die Beseitigung und Bestrafung dieser Verletzung der Kartellpflichten hinzuwirken (KG. S. 14, 55). Lediglich eine Umkehrung des letzteren Erfordernisses bedeutet die weitere Feststellung des Kartellgerichts, daß aus einer auf Grund solcher Zuwiderhandlungen gegen die Kartellsatzung verhängten Ordnungsstrafe ein berechtigter Grund zur fristlosen Kündigung nicht hergeleitet werden kann (KG. S. 51, 62).

β) Mit dem Vorbehalt dieser Einschränkungen aber sind Durchbrechungen des Grundsatzes der Kartelltreue „wichtiger Grund" schlechthin. So z. B., wenn die Kartellpflichten dauernd und in solchem Umfang durchbrochen werden, daß jede Kartelldisziplin überhaupt ausgeschaltet ist (KG. S. 47), so, wenn ein erheblicher Teil der Mitglieder monatelang gegen die Verbandsbestimmungen verstößt und die Kartelleitung, obwohl sie rechtzeitig auf diese Mißstände aufmerksam gemacht wurde, nicht eingreift (KG. S. 64), so endlich auch, wenn ceteris paribus Korrektivmaßnahmen der Kartelleitung wirkungslos bleiben (KG. S. 46).

dd) Der Grundsatz der Erfüllungsmöglichkeit.

α) Blum, der (a. a. O. S. 87) die Behauptung aufstellt, „daß die Unmöglichkeit der Erfüllung von Gesellschaftspflichten nicht ohne weiteres einen wichtigen Grund i. S. des § 8 KartVO. darstellt, sondern daß die Lage des Einzelfalls entsprechend gestaltet sein muß", führt dazu (S. 88) den Fall als Beispiel an, daß ein Kartellmitglied verhindert ist, sein Unternehmen selbst zu leiten, Einsetzung eines Bevollmächtigten nicht in Betracht kommt und nur an Outsider veräußert werden kann. In diesem Fall gibt Blum aus dem Gesichtspunkt der Unmöglichkeit der Erfüllung von Gesellschaftspflichten das Kündigungsrecht nach § 8 KartVO. Diese damit angezogene Unmöglichkeit der Erfüllung auf seiten des Kündigenden aber steht hier — bei der Erörterung der Auswirkungen des aus § 732 BGB. und 133 HGB. abgeleiteten Grundsatzes der Erfüllungsmöglichkeit — nicht in Frage, vielmehr ist — worauf Staub, HGB. § 133 Anm. 17 besonders aufmerksam macht — „zu beach-

ten, daß es sich hier um eine Unfähigkeit handelt, die auf seiten des anderen Gesellschafters, d. h. dessen, gegen den sich der Antrag richtet, eingetreten ist, denn es handelt sich darum, daß dieser seine Verpflichtungen nicht erfüllen kann". Derjenige aber, „gegen den sich der Antrag aus § 8 KartVO. richtet", derjenige also, auf dessen Seite die Unmöglichkeit der Erfüllung gegeben sein muß, ist das Kartell. Wird diesem die Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen unmöglich, dann bildet diese Unmöglichkeit einen besonderen Kündigungsgrund und zwar für jede Kartellbindung ohne Rücksicht auf ihre Organisationsform gemäß § 8 KartVO. (vgl. Friedländer S. 119). Daraus ergibt sich die Notwendigkeit, den Grundsatz der Erfüllungsmöglichkeit auf das Kartell — nicht auf den Kündigenden — anzuwenden.

β) So wenig — nach den oben (S. 95) genannten Entscheidungen — eine nur vorübergehende oder teilweise Aufhebung der Kartellbindung die sofortige Kündigung begründet, so wenig erscheint eine fernere Aufrechterhaltung dieser Bindung dann gerechtfertigt, wenn diese ihre in der Satzung besonders hervorgehobenen Zwecke auf absehbare Zeit nicht mehr zu erreichen vermag (KG. S. 47). Daß die Kartelleitung selbst die Unmöglichkeit der Erfüllung erkannte und in dieser Erkenntnis die Kartellbindung im Interesse der Mitglieder freigab, schließt das fristlose Kündigungsrecht ebensowenig aus wie die Tatsache, daß andere Kartellgenossen die zwecklos gewordene Bindung aufrechterhalten wollen. Selbst die Zustimmung des Kündigenden zu dem den Kartellzweck aufhebenden Beschluß bleibt unbeachtlich, wenn sie in der Annahme erteilt wurde, daß damit eine nur vorübergehende Maßnahme ergriffen werden sollte (KG. S. 22, 46, 48). Daß eine teilweise Freigabe der Kartellbindung nicht genügt, um eine fristlose Kündigung aus dem Gesichtspunkt der mangelnden Erfüllungsmöglichkeit zu begründen, besagt nicht, daß das Kartell seinen Zweck völlig verloren haben muß. Der Verlust der eigentlichen Aufgabe auf nicht absehbare Zeit genügt, das Verbleiben nur untergeordneter Nebenzwecke schließt die Kündigung nicht aus (KG. S. 42). Die gleiche Entscheidung ist weiter geeignet den für die Kündigung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung wichtigen Begriff der „vorübergehenden" Freigabe der Kartellbindung zu illustrieren. In KG. S. 14 erklärte das Kartellgericht die Kündigung wegen Unmöglichkeit der Erfüllung für unzulässig, weil die am 7. Jan. 1924 erfolgte Freigabe der Kartellbindung „nur als eine vorübergehende gedacht und nur für solange in Aussicht genommen sei, als die derzeitigen, unklaren Verhältnisse auf dem Absatzmarkt andauern". KG. S. 42 hebt für die fünf Monate später wiederholte Kündigung die gleichen Erwägungen als zutreffend hervor, gibt aber deshalb der Kündigung statt, weil die Gesellschafterversammlung vom 30. Dezember 1924 beschloß, die Kartellbindung fürs erste nicht wieder einzuführen. Wird dem Kar-

tellgericht unstreitig zuzugeben sein, daß ein Intervall von fünf Monaten den „vorübergehenden" Charakter einer wirtschaftspolitischen Maßnahme nicht berührt, so darf in Anbetracht der langsamen Auswirkung derartiger Eingriffe bezweifelt werden, ob eine nach Jahresfrist gefaßte Entschließung diese Freigabe der Kartellbindung „fürs erste" beizubehalten bereits genügt, um die vorübergehende Maßnahme zu einer dauernden zu machen. Schließlich kann gegebenenfalls auch eine nur teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Kartellpflichten das Recht zur fristlosen Kündigung gewähren, dies dann aber nicht aus dem Gesichtspunkt der mangelnden Erfüllungsmöglichkeit, sondern aus anderen Gründen, von denen hier die sich aus solcher teilweisen Unmöglichkeit ergebende unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit der Kartellgenossen insbesondere in Betracht kommt. Ein Beispiel hierfür bietet KG. S. 33, woselbst den fabrizierenden Mitgliedern eines Fabrikanten-Händler-Kartells das Recht zur fristlosen Kündigung schon deshalb gegeben wird, „weil das Kartell nicht in der Lage war und ist, seinen Mitgliedern das ihnen zukommende Kontingent zu liefern, die Mitglieder ihrerseits aber ihre Betriebe mit dem gelieferten Bruchteil ihres Kontingents nicht aufrecht zu erhalten vermögen".

ee) Der Grundsatz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit.

α) Bedarf im allgemeinen jeder der Kündigung nach § 8 Kart.-VO. zugrunde liegende Tatbestand der Prüfung, ob einerseits die Zumutbarkeit der weiteren Aufrechterhaltung der gekündigten Bindung zu verneinen, andererseits die Rechtfertigung der fristlosen Lösung dieser Bindung zu bejahen ist, so genügt die Feststellung, daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kündigenden unbillig eingeschränkt ist, ohne weiteres um die Kündigung für zulässig zu erklären. „Die fristlose Kündigung nach § 8 KartVO. setzt voraus, daß die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Kartellmitgliedes unbillig eingeschränkt ist — oder ihm aus sonstigen wichtigen Gründen billigerweise das Verbleiben im Kartell nicht zugemutet werden kann" (KG. S. 54). Räumt man unter den „sonstigen wichtigen Gründen" den Beispielen des § 723 Abs. I S. 2 BGB. eine dem besonderen Tatbestand des § 8 KartVO. gleichwertige Stellung ein und betrachtet demgemäß die Durchbrechung der Grundsätze der Karteltreue und der Erfüllungsmöglichkeit ebenfalls als wichtigen Grund schlechthin, so unterscheidet sich der besondere Grundsatz des § 8 KartVO. von den besonderen Grundsätzen des § 723 Abs. I S. 2 BGB. bei formeller Gleichstellung materiell noch insofern, als er „nach seinem besonderen Zwecke eine über § 723 BGB. hinausgehende Bevorzugung des individuellen Interesses der einzelnen Mitglieder vor den Belangen des Verbandsunternehmens selbst beabsichtigt" (KG. S. 50).

β) So glücklich diese Tendenz des Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit aber an und für sich auch sein mag, so billig der dadurch gegebene Ausgleich zwischen dem wirtschaftlich schwächeren Individualinteresse des Einzelnen und dem stärkeren Kollektivwillen der Gesamtheit erscheint, so groß ist angesichts der an eine Durchbrechung dieses Grundsatzes geknüpften einschneidenden Folgen die Gefahr seiner mißbräuchlichen oder auch nur leichtfertigen Verwendung. Dieser durch eine — im Vergleich zu der sonstigen Handhabung der KartVO. besonders auffallende — stark einschränkende Auslegung von Anfang an mit Erfolg vorgebeugt zu haben, ist ein nicht geringes Verdienst der Rechtsprechung des Kartellgerichts. An der Spitze der von dem Kartellgericht für die Annahme einer Durchbrechung dieses Grundsatzes verlangten Voraussetzungen steht die Forderung des „unbedingten Kausalzusammenhanges" (Caro a. a. O.) zwischen unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit und Kartellzugehörigkeit. Danach können „derartige allgemeine Nachteile, wie z. B. Absatzkrisen, die sich unabhängig von der Verbandspolitik entwickelt haben, für sich allein als eine durch das Kartell geschaffene wirtschaftliche Erschwerung nicht in Betracht kommen" (KG. S. 8), danach genügt es nicht, „daß eine wenig günstige Lage eines Kartellgenossen vielleicht anzuerkennen ist", es muß weiter feststehen, „daß sie durch die Zugehörigkeit zum Kartell herbeigeführt ist" (KG. S. 52), danach muß endlich der Kündigende „den bestimmten Nachweis erbringen, daß er durch sein Gebundensein an die Kartellbindung unbillig in seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt wurde" (KG. S. 57). Eine weitere restriktive Voraussetzung ergibt sich unmittelbar aus der KartVO. insofern, als nur eine „unbillige" Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit als wichtiger Grund anzusehen, eine „billige" Einschränkung dagegen ohne Einfluß auf den Bestand der Kartellbindung ist. Das Kartellgericht sah sich dabei wiederholt veranlaßt festzustellen, daß eine objektiv billige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit die regelmäßige Folge jedes Abschlusses oder jeder Auferlegung einer Kartellbindung sein wird. Demgemäß ist es ohne Belang, wenn eine objektiv billige Einschränkung subjektiv unbillig empfunden wird. Vielmehr muß „jeder Geschäftsmann — selbst wenn er nur über die übliche Durchschnittserfahrung verfügt, bei der Jahrzehnte alten, so weit verbreiteten Entwickelung des deutschen Kartellwesens wissen, daß er durch seinen Beitritt zu einer solchen Organisation nur die der Bedeutung seines Unternehmens und den wechselnden Wirtschaftskonjunkturen entsprechenden Anteile an der allgemeinen Beschäftigung beanspruchen kann" (KG. S. 8), ebenso wie „jeder, der sich einer Preiskonvention anschließt, weiß oder wissen muß, daß er sich der Freiheit in der Bemessung der Preise seiner Erzeugnisse und Waren begibt" (KG. S. 26). Über diesen Gedanken, daß „wer einem Kar-

tell beitritt, weiß, daß er damit seiner gewerblichen Freiheit und Tätigkeit erhebliche Beschränkungen auferlegt" (KG. S. 60), hinaus aber müssen auch noch „gewisse Verschiebungen der ursprünglichen Verhältnisse in Kauf genommen werden" (KG. S. 49). Die Frage, in welchem Umfang dies zu geschehen hat, leitet zu der dritten einschränkenden Voraussetzung über, die das Kartellgericht für die Annahme einer Durchbrechung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit aufstellt. Während die KartVO. selbst nur die „unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden, insbesondere bei der Erzeugung, dem Absatz oder der Preisgestaltung" als wichtigen Grund schlechthin bezeichnet, ohne den damit aufgestellten Begriff inhaltlich näher zu bestimmen, und während der allgemeine Sprachgebrauch nicht hindern würde, jeden unbilligen Eingriff in den Betrieb des Kündigenden, insbesondere also auch jede Beschränkung des Kündigenden in der Verwertung seiner wirtschaftlichen Kräfte, diesem Begriff unterzuordnen, verlangt das Kartellgericht, daß diese unbillige Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit eine G e f ä h r d u n g o d e r V e r n i c h t u n g d e r w i r t s c h a f t l i c h e n E x i s t e n z des Kündigenden befürchten lassen muß. „Eine unbillige Einschränkung der Kündigenden war um so weniger festzustellen, als sie lediglich eine Beeinträchtigung in der Ausnutzung ihrer wirtschaftlichen Kräfte und Mittel, nicht aber eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz behauptet haben" (KG. S. 3). „Die Preispolitik des Kartells darf die wirtschaftliche Freiheit der Kartellmitglieder nicht derart einschränken, daß deren wirtschaftliche Existenz in Frage gestellt wird" (KG. S. 26). „Die Behauptung, die fernere Zugehörigkeit zum Verband würde die kündigende Firma der Gefahr völligen Ruins aussetzen, würde an sich als ein wichtiger Grund i. S. des § 8 Kart.-VO. angesehen werden können" (KG. S. 41). „Daß eine durch den Zweck des Kartells gebotene und satzungsmäßig durchgeführte Maßnahme des Verbandes die Wirtschaft des einen oder anderen Mitgliedes schädigt oder ungünstig beeinflußt, kann ihr die Berechtigung nicht nehmen und muß ertragen werden, solange sie nicht die wirtschaftliche Existenzmöglichkeit der Mitglieder gefährdet" (KG. S. 65). — Diese in der Spruchpraxis des Kartellgerichts vollzogene Gleichstellung der unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit mit der Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz beleuchtet scharf das Bestreben des Kartellgerichts einer Zerschlagung der Kartelle auf dem Wege über § 8 KartVO. entgegenzutreten. Insoweit sich in dieser Tendenz die Erkenntnis „der volkswirtschaftlich bedeutsamen Funktion widerspiegelt, zu welcher verantwortungsbewußte Erzeugerorganisationen gerade in der augenblicklichen Wirtschaftskrise berufen erscheinen" (Amtliche Begründung der KartVO.), wird man ihr auch dann beipflichten müssen, wenn sich eine Gleichung wie die vorgenannte: „Unbillige Einschränkung der

wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gleich Existenzgefährdung" nicht absolut zwingend aus dem Wortlaut des Gesetzes ergibt.

γ) Die Frage, welche Umstände im einzelnen zu der Annahme einer Durchbrechung des Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zwingen, beantwortet sich dahin, daß hierfür alle diejenigen Umstände wiederum in Betracht kommen, die bereits bei der Erörterung des Grundsatzes der Zumutbarkeit gewürdigt wurden. Demgemäß kann beispielsweise ein Mißverhältnis zwischen Kartell- und Mitgliederpflichten (KG. S. 5), verfehlte Preispolitik des Kartells (KG. S. 7), interne Machtverschiebung (KG. S. 12), satzungswidrige Willkür oder überspannter Organisationszwang (KG. S. 40) ebensogut eine Verneinung des allgemeinen Grundsatzes der Zumutbarkeit wie eine Durchbrechung des besonderen Grundsatzes der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit begründen. Müssen diese Umstände aber dort des weiteren dem Grundsatz der Rechtfertigung genügen, bilden sie dort erst bei der Verneinung der Zumutbarkeit der ferneren Aufrechterhaltung der eigentlichen Kartellbindung und der Bejahung der Rechtfertigung der Kündigung auf sofort einen wichtigen Grund nach § 8 KartVO., so bedarf es hier der Erfüllung der obgenannten besonderen Voraussetzungen des § 8 Abs. II KartVO., d. h. einer durch die Kartellzugehörigkeit bedingten, unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit des Kündigenden mit der Folge einer Gefährdung oder Vernichtung seiner wirtschaftlichen Existenz. Der über § 723 BGB. hinausgehende Schutz des Individualinteresses, den der Grundsatz der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit zu gewähren beabsichtigt, läßt aber ein nach § 8 Abs. II KartVO. erhobenes Kündigungsbegehren mitunter auch aus solchen Umständen begründet erscheinen, die an sich weder zu einer Durchbrechung des Grundsatzes der Zumutbarkeit, noch zu einer Berufung auf gebrochene Kartelltreue oder mangelnde Erfüllungsmöglichkeit ausreichen würden. Für den Fall einer Kündigung wegen unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit durch eine nur teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung wesentlicher Kartellpflichten wurde bereits auf S. 102 die Entscheidung KG. S. 33 als Beispiel angeführt (vgl. auch KG. S. 45!). Ebenso schließt der bei der Erörterung des Grundsatzes der Kartelltreue gemachte Vorbehalt, daß „nur fortgesetzte und umfangreiche Verletzungen der Kartellpflichten" als Durchbrechung dieses Grundsatzes und somit als „wichtiger Grund" schlechthin zu betrachten sind (vgl. S. 100), nicht aus, daß weniger häufige und schwerwiegende Vertragsverstöße anderer Kartellmitglieder — insbesondere in Zeiten ohnehin schwieriger Absatzverhältnisse — die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit einer verbandstreuen Firma unbillig beschränken und somit doch einen „wichtigen Grund" katexochen bilden, wenn auch nicht aus dem Gesichtpunkt mangelnder Kartelltreue, so doch aus dem Gesichtspunkt

unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit (vgl. KG. S. 64). Häufig wird endlich der hier behandelte Grundsatz auf den Fall anzuwenden sein, daß demjenigen Kartellmitglied, welches die Lösung der Kartellbindung verlangt, die Erfüllung wesentlicher Verpflichtungen unmöglich wird (vgl. das oben S. 100 genannte Beispiel nach Blum S. 88).

Die Tatsache, daß Vorgänge, die zeitlich zurückliegen, die Rechtfertigung der Kündigung „auf sofort" im allgemeinen verneinen lassen (vgl. S. 99), kann nicht in Parallele mit der Tatsache gesetzt werden, „daß ein Kartellmitglied die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit längere Zeit widerspruchslos ertragen hat" (KG. S. 29). Wird unter Berufung auf § 8 Abs. II KartVO. gekündigt, so genügt vielmehr, daß die wiederholt genannten Voraussetzungen dieses besonderen Tatbestandes gegeben sind. Hier ist es irrelevant, daß bereits in einem früheren Zeitpunkt hätte gekündigt werden können, wenn hätte gekündigt werden wollen. Da es sich bei der unbilligen Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit um einen Zustand, nicht um ein Ereignis handelt, kann dem Zeitablauf zwischen Kündigungsmöglichkeit und Kündigungsbegehren gegebenenfalls wohl eine das Kündigungsrecht bestärkende, nicht aber konsumierende Wirkung zugeschrieben werden.

Kann demnach dem Kündigenden ein längere Zeit durchgeführtes, stillschweigendes Ertragen einer unbilligen Einschränkung seiner wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit nicht entgegengehalten werden, so muß er sich doch den Einwand eines seinen besonderen Belangen und seiner Notlage Rechnung tragenden Verhaltens des Verbandes gefallen lassen. Ergibt sich daraus, daß objektiv die Bewegungsfreiheit des Kündigenden unbillig beschränkende Verbandsbestimmungen durch eine entgegenkommende Anwendung und Auslegung durch den Verband erträglich werden, so genügt die Feststellung einer solchen Verbandspraxis um einem auf § 8 Abs. II KartVO. gestützten Kündigungsbegehren den Boden zu entziehen (vgl. KG. S. 27 und 51: „Die Beschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit, die zur Vermeidung von Hintergehungen bestimmter Satzungsbestimmungen notwendig und gerechtfertigt erscheint, kann nicht als unbillig bezeichnet werden, solange in besonderen Ausnahmefällen Befreiung von den durch diese Satzungsbestimmungen auferlegten Verpflichtungen erteilt wird"). Diese Ausgleichung unbilliger Beschränkung des einzelnen Kartellgenossen tritt natürlich dann erst recht ein, wenn sich das entgegenkommende Verhalten des Verbandes nicht nur darauf beschränkt, von Fall zu Fall Befreiung von derart einschränkenden Bestimmungen zu gewähren, sondern die drückende Kartellbindung überhaupt freigegeben wird. Daß letzterenfalls nicht mehr von unbilliger Einschränkung der wirtschaftlichen Bewegungsfreiheit gesprochen werden kann, ist selbstverständlich (vgl. KG. S. 11 und 55).

Schluß.

§ 5

> **Eine kartellpolizeiliche Einmischung ist überall dort unangebracht, wo der Angegriffene sich selbst helfen kann.** (Isay)

Daß der § 8 KartVO. die erforderliche und geeignete Rechtsgrundlage bildet, um den mit dem „Rücktritt vom Kartell" erstrebten wirtschaftlichen Erfolg herbeizuführen, darf als das Ergebnis dieser Untersuchung betrachtet, die Untersuchung selbst mit diesem Ergebnis geschlossen werden.

Zwar finden sich die Rechtsinstitute des Rücktritts und der außerordentlichen Kündigung noch in einer Reihe von anderen Bestimmungen der KartVO. (vgl. z. B §§ 4 Abs. I Ziff. 2; 7 Abs. I S. 2; 10 Abs. I), immer aber handelt es sich dort um sekundäre Erscheinungen eines primär kartell*polizeilichen* Eingriffs (vgl. *Isay-Tschierschky* S. 99ff. Anm. 16ff. zu § 8). Demgegenüber erhält das in dieser Untersuchung behandelte Problem gerade durch seine *privat*wirtschaftliche und *privat*rechtliche Natur seine besondere Note. Wird es dadurch möglich den „Rücktritt vom Kartell" nach § 8 KartVO. gesondert von den Fragen der kartellpolizeilichen Maßnahmen zu erörtern, so wäre es doch — wie bereits in der Einleitung hervorgehoben — zu weit gegangen, über diese „*eigen*artige" Stellung des § 8 KartVO. hinaus eine „*fremd*artige" Natur dieser Bestimmung im Vergleich zu den übrigen Vorschriften der KartVO. annehmen zu wollen. Vielmehr äußert sich der gemeinsame Grundgedanke aller Bestimmungen der KartVO. — seien sie vornehmlich dem öffentlichen oder dem Privatrecht zugehörig — darin, daß „auch die rein privatrechtlichen Vorschriften der KartVO. im *öffentlichen Interesse* erlassen sind" (*Isay-Tschierschky* S. 99 Anm. 16 zu § 8). Die Mahnung *Isays* a. a. O. „die Bedeutung einer derartigen Abgrenzung der einzelnen Vorschriften der Kart.-VO. nach ihrer Zugehörigkeit zum öffentlichen oder privaten Recht nicht zu überschätzen", bestätigt *Silberschmidt* (LZ. 1925, S. 1196ff.) mit dem Hinweis darauf „daß das Vordringen des öffentlichen Rechts in die sonst dem bürgerlichen Recht vorbehaltenen Räume" neuerdings besonders dadurch illustriert wird, „daß das Kartellrecht mit vorzugsweise öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten seinen Platz innerhalb des Gesellschaftsrechts einnimmt".

Immerhin bleibt dem § 8 KartVO. eine gewisse, eine Sonderbehandlung rechtfertigende Eigenart gewahrt, die überdies einer historischen Begründung nicht entbehrt. Denn wenn seit *Klein*-

wächter und Schoenlank die Streitfrage: Staatliche — zivilrechtliche, strafrechtliche, verwaltungsrechtliche — Maßnahmen gegen die Kartelle oder Verweisung auf Selbsthilfe (vgl. hierzu Silberschmidt: „Der Kampf der Gesetzgebung gegen die Kartelle" in Zeitschrift für Handelsrecht und Bankwesen 1902, S. 189 ff.) im Kartellrecht nie mehr völlig verstummte und wenn die KartVO. diese Streitfrage mit einem „sowohl — als auch" beantwortete, so darf — beschränkt auf die an der Kartellbindung „Beteiligten" — Sinn und Zweck des § 8 KartVO. in einer Mahnung und Bestärkung eines unbillig beschwerten Kartellgenossen erblickt werden, zunächst „sich selbst zu helfen". Damit tritt der § 8 KartVO. in einen deutlich erkennbaren Gegensatz zur Kartellpolizei" (Isay-Tschierschky S. 106 f. Anm. 21 zu § 8). Dadurch erhält § 8 KartVO. seine Vormachtstellung gegenüber der „Kartellpolizei". Den zahlreichen Fällen des „Rücktritts vom Kartell" als Selbsthilfemaßnahme steht „eine erste Anwendung der §§ 4 Abs. I Ziff. 2; 5 KartVO." gegenüber (vgl. Bekanntmachung des Reichswirtschaftsministeriums vom 6. Oktober 1925 im Deutschen Reichs- und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 234, K. R. 1925, S. 599).

Bedarf es deshalb einer Erörterung der außerhalb des § 8 KartVO. gegebenen Rücktritts- und Kündigungsrechte nicht um den „Rücktritt vom Kartell" als „rechtliches Gegenmittel des Bedrohten" (Isay), als „Korrelat der Kartellpflichten" (Flechtheim) zu betrachten, genügt hierfür vielmehr die Erkenntnis der Stellung und Bedeutung des § 8 KartVO., so kann in dieser Bestimmung des weiteren eine in der Art und Weise der Durchführung glückliche Erfüllung des längst Gemeingut der Kartellrechtslehre gewordenen Postulats Flechtheims gesehen werden. In dieser Hinsicht konnte die vorliegende Untersuchung zunächst zeigen, daß die fristlose, außerordentliche Kündigung (vgl. §§ 3; 4 S. 65—82) der eigentlichen Kartellbindung (vgl. § 4 S. 37 bis 64) aus wichtigem Grund (vgl. § 4 S. 82—106) geltendes Recht für Kartelle jeder Organisationsform geworden ist. Wäre damit der Forderung Flechtheims bereits genügt, so geht die KartVO. in unstreitig fortschrittlicher Entwickelung über Flechtheim insofern noch hinaus, als sie dieses „Notwendige Korrelat der Kartellpflichten" durch die Einsetzung des Kartellgerichts mit ausschließlicher Zuständigkeit (§§ 3; 12 Abs. I KartVO.) garantiert. Mit den Vorteilen der im Kartellrecht bisher dominierenden privaten Rechtspflege in der Form des Schiedsgerichtsverfahrens, der Schnelligkeit, Sachdienlichkeit und Endgültigkeit des Prozesses, verbindet diese Regelung die Vermeidung der Gefahren der schiedsrichterlichen Justiz, „daß wirtschaftliche Auffassungen für die Entscheidung ausschlaggebend werden, die nicht notwendig dem objektiven Rechte und der geltenden Rechtsordnung entsprechen" (Tschierschky: „Das Problem der staatlichen Kartellaufsicht" S. 101), „daß im Dienst

einer einseitigen Kartellpolitik dem Rechtsuchenden die Gewähr für eine unparteiische Rechtsprechung entzogen wird" (Lucas: Gutachten des Vorsitzenden des Kartellgerichts über die kartellgerichtliche Zulässigkeit von Schiedsgerichtsabreden. K. R. 1925, S. 595). Konnte Hedemann (Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 170 f.) noch im Jahre 1919 Kartellrecht und Völkerrecht unter anderem auch darin geistvoll in Parallele setzen, „daß das Kartellrecht dem Rechtsbruch ganz ähnlich, ebenso oft und ebenso schwach, gegenübersteht wie das Völkerrecht", so vermag heute das Problem des Rücktritts vom Kartell für seinen Teil diesen Vergleich zu widerlegen.